

Die Zulassung
zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen
aus verfassungsrechtlicher Sicht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS SCHÖN
von Menzingen ZG

1985

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

**Die Zulassung
zu anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen
aus verfassungsrechtlicher Sicht**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS SCHÖN
von Menzingen ZG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 20. Februar 1985

Der Dekan:
Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG,
Zürich erschienen als Band 56 der Reihe
Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissen-
schaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Meinen Eltern und
meinem Bruder

Mein Dank gilt all jenen, die mir bei der Ausarbeitung dieser Dissertation durch Auskünfte, Ratschläge und Ermunterungen Unterstützung zukommen liessen. Besonders erwähnen möchte ich Herrn Prof. Dr. Walter Haller, der als Doktorvater immer Zeit für mich hatte. Frau Dorothea Rosenmund besorgte die Schreibarbeiten mit viel Geduld. Auch ihr sei herzlich gedankt.

Die Arbeit wurde im August 1984 abgeschlossen.

INHALTSUEBERSICHT

1. Kapitel	
Die anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen	1
§ 1 Vielfalt staatlicher Leistungsgewährung und dafür verwendeter Begriffe	1
§ 2 Zum Begriff der anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung	5
§ 3 Organisationsformen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	11
§ 4 Andere Formen staatlicher Mitwirkung bei der Vergabe von Leistungen	32
2. Kapitel	
Anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen und Verfassungsrecht	33
1. Teil	
Rechtsnatur des Benütungsverhältnisses und Verfassungsbindung	33
§ 1 Rechtsnatur des Benütungsverhältnisses	34
§ 2 Privatrechtliches Benütungsverhältnis und Verfassungsbindung	37
2. Teil	
Das Verfassungsrecht anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	42
1. Abschnitt	
Verfassungsmässige Rechte	42
§ 3 Sozialrechte	42
§ 4 Freiheitsrechte und Rechtsgleichheitsgebot	52
§ 5 Grundsatz der Gewaltentrennung	89

2. Abschnitt	
Verfassungsprinzipien und weitere Verfassungsnormen	90
§ 6 Verfassungsprinzipien	90
§ 7 Weitere Verfassungsnormen	103
3. Kapitel	
Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Zulassungswesen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	105
1. Teil	
Inhaltliche Anforderungen	105
§ 1 Zulassungsanspruch und Zulassungsschranken	105
§ 2 Qualitative Zulassungsschranken	109
§ 3 Quantitative Zulassungsschranken	137
2. Teil	
Anforderungen an Regelungszuständigkeit und Regelungsintensität	207
§ 4 Anforderungen bei den einzelnen anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen	209
§ 5 Konsequenzen bei Nichterfüllung der Anforderungen	228
3. Teil	
Rechtsschutz des Zulassungsbewerbers	232
§ 6 Rechtsschutz des Zulassungsbewerbers im allgemeinen	232
§ 7 Rechtsschutz bei anstaltlich genutzten öffentlichen Ein- richtungen mit privatrechtlichem Benützungsverhältnis	237

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	V
Literaturverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XXII

1. Kapitel

Die anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen	1
§ 1 Vielfalt staatlicher Leistungsgewährung und dafür verwendeter Begriffe	1
§ 2 Zum Begriff der anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung	5
I. Allgemeine Umschreibung	5
II. Die Bestandteile im einzelnen	6
A) Öffentliche Einrichtung	6
B) Anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtung	7
1. Abgrenzung von den öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch	8
2. Abgrenzung von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch	8
§ 3 Organisationsformen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	11
I. Kriterien für die Wahl der Organisationsform	11
II. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Organisationsformen	12
A) Rechtsfähige Organisationsformen	12
1. Juristische Persönlichkeit	12
2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts	13
a) Im allgemeinen	13
b) Bei Trägerorganisationen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	15
B) Nicht rechtsfähige Organisationsformen	16
C) Bedeutung der Rechtsfähigkeit für das Verhältnis zum Gemeinwesen	17
III. Die Organisationsformen im einzelnen	19
A) Öffentlichrechtliche Organisationsformen	19
1. Die öffentliche Anstalt	19
a) Allgemeines	19
b) Begriff	20
aa) Abgrenzung von den Zweigen der ordentlichen Verwaltung	20

bb) Abgrenzung von den übrigen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der mittelbaren Verwaltung	23
aaa) Abgrenzung von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft	23
bbb) Abgrenzung von der öffentlich-rechtlichen Stiftung	23
cc) Abgrenzung von den privatrechtlich organisierten Trägern öffentlicher Verwaltung	24
2. Die öffentlichrechtliche Körperschaft	25
a) Begriff	25
b) Öffentlichrechtliche Körperschaften als Trägerinnen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	25
aa) Öffentlichrechtliche Korporationen lokalen Charakters	25
bb) Zweckverbände	26
aaa) Begriff	26
bbb) Zweckverbände als Träger anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	27
3. Die öffentlichrechtliche Stiftung und der öffentlichrechtliche Fonds	27
B) Privatrechtliche Organisationsformen	29
1. Der Verein	29
2. Die Stiftung	29
3. Die Aktiengesellschaft	30
4. Die Genossenschaft	30
5. Die einfache Gesellschaft	31
§ 4 Andere Formen staatlicher Mitwirkung bei der Vergabe von Leistungen	32
2. Kapitel	
Anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen und Verfassungsrecht	33
1. Teil	
Rechtsnatur des Benütungsverhältnisses und Verfassungsbindung	33
§ 1 Rechtsnatur des Benütungsverhältnisses	34
I. Wahl durch den Einrichtungsträger	34
II. Zuordnung des Benütungsverhältnisses bei Fehlen einer klaren Regelung	35
§ 2 Privatrechtliches Benütungsverhältnis und Verfassungsbindung	37

2. Teil

Das Verfassungsrecht anstattlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	42
---	----

1. Abschnitt

Verfassungsmässige Rechte	42
---------------------------	----

§ 3 Sozialrechte	42
------------------	----

I. Problematik von Sozialrechten	42
II. Geschriebene Sozialrechte	44
A) Recht auf genügenden Primarunterricht (Art. 27 Abs. 2 BV)	44
B) Recht auf schickliches Begräbnis (Art. 53 Abs. 2 BV)	47
C) Sozialrechte kantonaler Verfassungen	48
III. Ungeschriebene Sozialrechte	49
A) Recht auf Fürsorge	49
B) Recht auf Bildung?	50

§ 4 Freiheitsrechte und Rechtsgleichheitsgebot	52
--	----

I. Grundrechte und staatliche Leistungen im allgemeinen	52
A) Grundrechtskonkretisierung	52
B) Grundrechtsverständnis	54
1. Bestimmung des Grundrechtsverständnisses	54
2. Anhaltspunkte für das Verständnis der Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung	55
C) Wandelbarkeit der Grundrechtsbedeutung	57
D) Positive Grundrechtsgehalte	58
E) Verteilung der Konkretisierungszuständigkeit	62
1. Subjektive und objektive Grundrechtsgehalte	62
2. Konkretisierung von Grundrechtsgehalten durch den Richter	64
F) Einzelfallmässige Konkretisierung positiver Grundrechtsgehalte	66
1. Im allgemeinen	66
2. Originäre und akzessorische Leistungsforderung	69
G) Grundrechtsverwirklichung im Bereich staatlicher Leistungen durch Verfahrens- und Zuständigkeitsregelungen	71
II. Grundrechte und anstattlich genutzte öffentliche Einrichtungen	73
A) Rechtsgleichheitsgebot	73
1. Gleichbehandlungsgebot	73
2. Willkürverbot	75
3. Chancengleichheitsgebot	76
4. Weitere Gehalte	78
B) Freiheitsrechte	79
1. Freiheitsrechtsrelevanz von Leistungen anstattlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	79

a) Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen	79
b) Einrichtungen der Alters- und Gesundheits- pflege	83
c) Erschliessungseinrichtungen	84
d) Freizeiteinrichtungen	85
2. Folgerungen aus der Freiheitsrechtsrelevanz von Leistungen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	86
§ 5 Grundsatz der Gewaltentrennung	89
2. Abschnitt	
Verfassungsprinzipien und weitere Verfassungsnormen	90
§ 6 Verfassungsprinzipien	90
I. Herleitung und Rechtsnatur im allgemeinen	90
II. Anerkannte Verfassungsprinzipien	92
A) Gesetzmässigkeit	93
B) Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	96
C) Prinzipien des Vertrauensschutzes	98
III. Postulierte Verfassungsprinzipien	101
§ 7 Weitere Verfassungsnormen	103
3. Kapitel	
Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Zulassungswesen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen	105
1. Teil	
Inhaltliche Anforderungen	105
§ 1 Zulassungsanspruch und Zulassungsschranken	105
I. Durch Aufnahmeregelungen begründete Zulassungs- ansprüche	105
II. Grundrechtliche Zulassungsansprüche	106
III. Zulassungsschranken	108
§ 2 Qualitative Zulassungsschranken	109
I. Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen	110
A) Erfordernis der Eignung für den Lehrgang	111

1. Begrenzte Möglichkeit der rechtlichen Normierung	111
2. Zweck	112
3. Handhabung	113
4. Einzelprobleme	114
a) Geeignetheit der Methoden zur Begabungsabklärung	114
b) Gleichbehandlung der Aufnahmebewerber	117
aa) Aufnahmeprüfungen	117
bb) Entscheid über die Aufnahme in Bildungsstufen des kantonalen Rechts durch Behörden verschiedener Gebietskörperschaften	120
B) Erfordernis der voraussichtlichen beruflichen Eignung bei Ausbildungseinrichtungen, die auf Tätigkeiten im Staatsdienst vorbereiten	123
C) Erfordernis des guten Leumunds bei weiterführenden Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen	125
D) Aenderung von Zulassungserfordernissen und Vertrauensschutz	128
II. Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege	132
A) Gesundheitszustand	132
B) Wohnsitz und Bürgerrecht	133
C) Kostensicherstellung als Zulassungserfordernis bei Spitälern?	134
III. Erschliessungseinrichtungen	135
IV. Freizeiteinrichtungen	136

§ 3 Quantitative Zulassungsschranken 137

I. Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen: Numerus clausus	137
A) Numerus clausus im schweizerischen Bildungs- und Ausbildungswesen	137
B) Beurteilung des Numerus clausus durch das Deutsche Bundesverfassungsgericht und durch das Schweizerische Bundesgericht	141
1. Bundesverfassungsgericht	141
2. Bundesgericht	144
C) Tangierung von Freiheitsrechten	145
D) Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung	147
1. Kapazitätsbedingter Numerus clausus	148
2. Bedarfsorientierter Numerus clausus	149
a) Bei der Ausbildung zu privatwirtschaftlichen Berufen	150
b) Bei der Ausbildung zu Berufen im Staatsdienst	153
E) Anforderungen an die Durchführung des Numerus clausus	154
1. Festlegung der Zulassungszahlen	154
a) Bei kapazitätsbedingtem Numerus clausus	154
b) Bei bedarfsorientiertem Numerus clausus	161

2. Auswahl der Zuzulassenden	163
a) Bewerberauswahl bei der Aufnahme in anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen im allgemeinen	163
b) Bewerberauswahl bei der Aufnahme in Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen	166
aa) Geltende Auswahlordnungen	166
bb) Beurteilung einzelner Auswahlkriterien	168
aaa) Eignung	168
bbb) Wartezeit	170
ccc) Wohnsitz	171
ddd) Regionaler Bedarf	175
eee) Bürgerrecht	176
fff) Härtefallkriterium	181
ggg) Losentscheid	182
3. Einführung des Numerus clausus sowie Aenderung von Auswahlordnungen und Vertrauensschutz	184
II. Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege	186
A) Altersheime	186
B) Spitäler	190
III. Erschliessungseinrichtungen	195
A) Beschränkungen des Anschlusses	196
B) Erstellung beziehungsweise Erweiterung von Erschliessungseinrichtungen	200
IV. Freizeiteinrichtungen	205

2. Teil

Anforderungen an Regelungszuständigkeit und Regelungsintensität	207
§ 4 Anforderungen bei den einzelnen anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen	209
I. Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen	209
A) Qualitative Zulassungsschranken	210
B) Quantitative Zulassungsschranken	212
1. Anforderungen bei einzelnen Regelungsgegenständen	213
a) Verankerung des Numerus clausus und seiner Motivierung	213
b) Kapazitäts- und Bedarfsermittlung	214
c) Auswahlordnung	218
2. Bestehende Numerus-clausus-Regelungen	219
II. Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege	223
A) Altersheime	223
B) Spitäler	224
III. Erschliessungseinrichtungen	225
IV. Freizeiteinrichtungen	226
§ 5 Konsequenzen bei Nichterfüllung der Anforderungen	228

3. Teil

Rechtsschutz des Zulassungsbewerbers	232
§ 6 Rechtsschutz des Zulassungsbewerbers im allgemeinen	232
I. Zulassungsentscheid als grundsätzlich anfechtbare Verfügung	233
II. Beschwerdelegitimation des abgewiesenen Bewerbers	234
§ 7 Rechtsschutz bei anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen mit privatrechtlichem Benützungsverhältnis	237
I. Grundsätzliche Zuständigkeit der Verwaltungsrechtspflegeorgane	237
II. Zulassungsentscheid als anfechtbare Verfügung?	239

LITERATURVERZEICHNIS

- Aemisegger Heinz, Raumplanung und Entschädigungspflicht, Materielle Enteignung - Vertrauensschutz, in: Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (VLP), Schriftenfolge Nr. 36, Bern 1983.
- Arioli Silvio, Das Verbot der willkürlichen und rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Basler Diss. 1968.
- Aubert Jean-François, *Traité de droit constitutionnel Suisse*, 2 Bände, Neuchâtel 1967; zit.: Aubert, *droit constitutionnel*.
- *Traité de droit constitutionnel Suisse, Supplément 1967 - 1982*, Neuchâtel 1982; zit.: Aubert, *droit constitutionnel, Supplément*.
- La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 161ff.; zit.: Aubert, *droits fondamentaux*.
- Bachof Otto, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287ff.
- Bahro Horst, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Köln u. andere 1981.
- Biland Fridolin, Die Erschliessung von Bauland, Basler Diss. (unge-druckt) 1974.
- Böckenförde Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsin-terpretation, in: NJW 27/1974, S. 1529ff.
- Breiter Urs, Staatszielbestimmungen als Problem des schweizerischen Bundesverfassungsrechts, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 22, Zürich 1980.
- Buchmann Kurt, Die Bürgergemeinde - Idee und Wirklichkeit, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe, Band 12, St. Gallen 1977.
- Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931.
- Carstens Thomas, Das Recht der Organtransplantation, Recht und Medi-zin, Band 2, Frankfurt a.M. u.a. 1978.
- Dénéréaz David, Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé, in: ZSR N.F. 72/1953, S. 2aff.
- Egger August, Zürcher Kommentar zu Art. 1 - 89 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1930.
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement/Bundesamt für Raum-planung, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981; zit.: EJPD/BRP, Erläuterungen RPG.
- Fleiner Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auf-lage, Tübingen 1928; zit.: Fleiner F.
- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Unveränderter Nachdruck 1976 der Neubearbeitung 1949; zit.: Fleiner/Giacometti.
- Fleiner-Gerster Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizeri-schen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1980; zit.: Fleiner Th., Verwaltungsrecht.

- Fleiner-Gerster Thomas, Verpflichten die Grundrechte den Staat zu positiven Leistungen?, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 67ff.; zit.: Fleiner Th., positive Leistungen.
- Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973; zit.: Forsthoff, Verwaltungsrecht.
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (mit teilweiser Wiedergabe des Aufsatzes von 1938: Die Verwaltung als Leistungsträger), *Res publica*, Band 1, Stuttgart 1959; zit.: Forsthoff, leistende Verwaltung.
- Friesenhahn Ernst, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: *Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages*, München 1974, Band II, S. G 1ff.
- Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960.
- Gottlieb Rolf, Der Begriff der öffentlichrechtlichen Körperschaft, *Lausanner Diss.* 1939.
- Grisel André, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970; zit.: Grisel A., *Droit administratif*.
- *Droit public non écrit*, in: *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 139ff.; zit.: Grisel A., *Droit public*.
- Grisel Etienne, Les cantons et leurs ressortissants, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 47ff.; zit.: Grisel E.
- Gross Jost, Die persönliche Freiheit des Patienten, *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Heft 446, Bern 1977.
- Grüter Peter, Die Schweizerischen Zweckverbände, *Zürcher Diss.* 1973.
- Grundgesetz, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Berlin/Frankfurt a.M. 1968.
- Gygi Fritz, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, in: *ZSR N.F.* 89/1970 II, S. 265ff.; zit.: Gygi, *Wirtschaftsverfassung*.
- Abweichungen, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zürich 1981, S. 73ff.; zit.: Gygi, *Abweichungen*.
- Ueber die anfechtbare Verfügung, in: *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, S. 517ff.; zit.: Gygi, *anfechtbare Verfügung*.
- Die Rechtsgestalt der Universität, in: *ZBJV* 106/1970, S. 133ff.; zit.: Gygi, *Universität*.
- Haas Klaus, Das Zulassungswesen im Spiegel der Rechtsprechung, in: *DVB* 93/1978, S. 238ff.
- Häberle Peter, Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VVDStRL* 30/1971, S. 43ff.; zit.: Häberle, *Grundrechte*.
- Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat, in: *DöV* 25/1972, S. 729ff.; zit.: Häberle, *Bundesverfassungsgericht*.
- Häfelin Ulrich, Aktuelle Fragen des Konkordatsrechts, in: *SJZ* 69/1973, S. 249ff.
- Haefliger Arthur, Der Gleichheitssatz im Verhältnis zu andern verfassungsmässigen Rechten und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 79ff.; zit.: Haefliger, *Gleichheitssatz*.
- Rechtsgleichheit und Gesetzgeber, in: *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, S. 379ff.; zit.: Haefliger, *Rechtsgleichheit*.

- Häring Cyrill, Grundrechte im Bereich der Bildung, Basler Diss. 1976.
- Haller Walter, Die Forschungsfreiheit, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 125ff.; zit.: Haller, Forschungsfreiheit.
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: DöV 33/1980, S. 465ff.; zit.: Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit.
- Hammer Ulrich/Nagel Bernhard, Kontrolle von Kapazitätsfestsetzungen im Hochschulbereich, in: NJW 29/1976, S. 654ff.
- Hangartner Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts:
Band I : Organisation, Zürich 1980; zit.: Hangartner, Staatsrecht, Bd. I.
Band II: Grundrechte, Zürich 1982; zit.: Hangartner, Staatsrecht, Bd. II.
- Rechtsgutachten betreffend Fragen des Numerus clausus an kantonalen Hochschulen, in: BB1 1980 II 829ff.; zit.: Hangartner, Numerus clausus.
- Hendry Gion, Die öffentlichrechtliche Zusammenarbeit der Gemeinden im Kanton Schaffhausen, Zürcher Diss. 1979.
- Herbig Gottfried, Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, Berlin 1970.
- Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage, Heidelberg 1982; zit.: Hesse, Verfassungsrecht.
- Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 5/1978, S. 427ff.; zit.: Hesse, Grundrechte.
- Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 77/1951/1952, S. 167ff.; zit. Hesse, Gleichheitsgrundsatz.
- Hirtschulz Stefan U., Numerus clausus und Verfassungsverwirklichung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 366, Berlin 1979.
- Huber Hans, Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band I/1, Berlin 1966, S. 175ff.; zit.: Huber, Grundrechte.
- Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat, in: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 193ff.; zit.: Huber, Vertrauen.
- Ueber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR N.F. 96/1977 I, S. 1ff.; zit.: Huber, Verhältnismässigkeit.
- Ueber die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 191ff.; zit.: Huber, Konkretisierung.
- Hünerwadel Arnold, Ueber die Organisation und Rechtsstellung der selbständigen öffentlichen Unternehmungen des Kantons Zürich, Zürcher Diss. 1944.
- Hug Walther, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmungen von Kanton und Gemeinde, in: Festgabe Fritz Fleiner zum 70. Geburtstag, Zürich 1937, S. 131ff.
- Imboden Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 48, Basel 1958.
- Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. Auflage, Basel/Stuttgart 1976; zit.: Imboden/Rhinow.

- Jagmetti Marco, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel/Stuttgart 1969.
- Kaufmann Otto K., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, in: EuGRZ 5/1978, S. 475ff.
- Keller Josef, Die Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital als Problem des Verwaltungsrechts, Freiburger Diss. 1976.
- Kloepfer Michael, Gleichheit als Verfassungsfrage, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 380, Berlin 1980.
- Knapp Blaise, Précis de droit administratif, 2. édition, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1982; zit.: Knapp, droit administratif.
- De l'administration de police au service public, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 733ff.; zit.: Knapp, service public.
- Les principes constitutionnels et leurs relations, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 167ff.; zit.: Knapp, principes.
- Kölz Alfred, Intertemporales Verwaltungsrecht, in: ZSR N.F. 102/1983 II, S. 101ff.; zit.: Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht.
- Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, zit.: Kölz, Kommentar VRG ZH.
- Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und das subjektive öffentliche Recht, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 739ff.; zit.: Kölz, Legitimation.
- Lang Rosmarie, Die örtliche Korporation als Organisationsform öffentlicher Unternehmungen im Kanton St. Gallen, in: ZBl 51/1950, S. 441ff.
- Lazzarini Guido, Öffentlichrechtliche Anstalten des Bundes im Vergleich, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 34, Zürich 1982.
- Lendi Martin, Planungsrecht und Eigentum, in: ZSR N.F. 95/1976 II, S. 1ff.; zit.: Lendi, Planungsrecht.
- Grundfragen im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über die Raumplanung, in: SJZ 76/1980, S. 53ff. und 76ff.; zit.: Lendi, Grundfragen.
- Liver Peter, Berner Kommentar zu Art. 5 ZGB, in: Berner Kommentar zu Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1962, S. 443ff.
- Martens Wolfgang, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30/1971, S. 7ff.
- Marti Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel/Stuttgart 1979.
- Martin Pierre, Die Rechtsnatur des Erschliessungsrechts, Zürcher Diss. 1977.
- Mastronardi Philippe, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 349, Berlin 1978.
- Maunz Theodor, Die Schule in der Sicht der Rechtsprechung, in: Verwaltung und Rechtsbindung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes, München 1979, S. 239ff.; zit.: Maunz, Schule.
- Maunz Theodor/Scholz Rupert, Kommentar zu Art. 12 GG, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Kommentar zum Grundgesetz (laufend ergänzte Loseblattausgabe), Band I, Art. 1 - 19; zit.: Maunz/Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz.

- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2. Auflage, Bern 1976.
- Merz Christian, Die öffentlichrechtlichen Körperschaften im Kanton Appenzell Ausserrhoden, Zürcher Diss. 1975.
- Müller Georg, Privateigentum heute, in: ZSR N.F. 100/1981 II, S. 1ff.; zit.: Müller G., Privateigentum.
- Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 119, Basel/Stuttgart 1979; zit.: Müller G., Rechtssetzung.
 - Reservate staatlicher Willkür - Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109ff.; zit.: Müller G., Reservate.
- Müller Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982; zit.: Müller J.P., Grundrechtstheorie.
- Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1981; zit.: Müller J.P., Soziale Grundrechte.
 - Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 169ff.; zit.: Müller J.P., Entscheidungsstrukturen.
 - Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39/1980, S. 55ff.; zit.: Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit.
 - Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, in: ZSR N.F. 97/1978 I, S. 265ff.; zit.: Müller J.P., staatsleitende Grundsätze.
 - Besprechungen der staatsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts in der ZBJV; zit.: Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV
- Müller Paul Richard, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, St. Galler Diss. 1970; zit.: Müller P.R.
- Müller Stefan, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Berner Diss. 1981; zit.: Müller St.
- Muller Pierre, Le principe de la proportionnalité, in: ZSR N.F. 97/1978 II, S. 197ff.; zit.: Muller P.
- Nawiasky Hans, Rechtsfragen der öffentlichen Betriebe, in: SJZ 35/1938/39, S. 356ff.
- Niederberger Hans, Die öffentlichrechtliche Korporation als Organisationsform kommunaler Unternehmungen, St. Galler Diss. 1955.
- Ossenbühl Fritz, Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, in: DVB1 89/1974, S. 541ff.
- Plotke Herbert, Schweizerisches Schulrecht, Bern/Stuttgart 1979; zit.: Plotke, Schulrecht.
- Probleme des Schulrechts, Prüfungen und Promotionen, Bern/Frankfurt a.M. 1974; zit. Plotke, Probleme.
- Portner Carlo, Die Anstaltsgewalt öffentlicher Schulen mit Beispielen aus dem zürcherischen Recht, Zürcher Diss. 1979.
- Protokoll über die Verhandlungen der am 16. August 1947 durch die hohe eidgenössische Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrages vom 7. August 1815 beauftragten Kommission; zit.: Protokoll der Revisionskommission der Tagsatzung.

- Püttner Günter, Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969.
- Rhinow René A., Rechtsetzung und Methodik, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 122, Basel/Stuttgart 1979; zit.: Rhinow, Methodik.
- Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 427ff.; zit.: Rhinow, Grundrechtstheorie.
- Riemer Hans Michael, Berner Kommentar zu Art. 80 - 89bis ZGB, Zürich 1975.
- Rupp Hans Heinrich, Vom Wandel der Grundrechte, in: AöR 101/1976, S. 161ff.
- Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, 3. (grundsätzlich unveränderte, durch ein ausführliches Vorwort ergänzte) Auflage, Bern 1982; zit.: Saladin, Grundrechte.
- Grundrechtsprobleme, in: Bernd-Christian Funk (Hrsg.), Die Betreuung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1981, S. 59ff.; zit.: Saladin, Grundrechtsprobleme.
- Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel/Stuttgart 1975, S. 41ff.; zit.: Saladin, Fairness.
- Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR N.F. 94/1975 II, S. 307ff.; zit.: Saladin, Verwaltungsprozessrecht.
- Unerfüllte Bundesverfassung?, in: ZSR N.F. 93/1974 I, S. 307ff.; zit.: Saladin, Unerfüllte BV.
- Das Recht auf Bildung, in: ZSR N.F. 90/1971 I, S. 113ff.; zit.: Saladin, Recht auf Bildung.
- Salzwedel Jürgen, Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen, in: Erichsen Hans-Uwe/Martens Wolfgang (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Berlin/New York 1981, S. 377ff.
- Sameli Katharina, Treu und Glauben im öffentlichen Recht - Einige grundsätzliche Bemerkungen anhand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: ZSR N.F. 96/1977 II, S. 289ff.
- Schellenberg Barbara, Die Organisation der Zweckverbände, Zürcher Diss. 1975.
- Scheuner Ulrich, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, in: DöV 24/1971, S. 505ff.
- Schiesser Fridolin, Die akzessorische Prüfung, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 45, Zürich 1984.
- Schlüter Wolfgang, Behörde und Anstalt, eine begriffliche Unterscheidung, Münsterer Diss. 1960.
- Schmid Hans, Die Ortsgemeinden im Kanton St. Gallen, St. Galler Diss. 1967.
- Schmidt-Bleibtreu Bruno/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Auflage, Neuwied/Darmstadt 1980.
- Schürmann Leo, Bau- und Planungsrecht, Bern 1981; zit.: Schürmann, Bau- und Planungsrecht.
- Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, in: ZRS N.F. 72/1953, S. 65aff.; zit.: Schürmann, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen.

- Stähelin Phillip, Die rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Anstalten des Kantons Thurgau, Freiburger Diss. 1972.
- Steinmann Gerold, Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 473, Bern 1982.
- Stoffel Felix, Die Gleichstellung der Schweizer Bürger mit den eigenen Kantonsbürgern nach Artikel 60 der Bundesverfassung, Zürcher Diss. 1950.
- Stutz Wendolin, Die kommunalen Zweckverbände im Kanton Aargau, Freiburger Diss. 1964.
- Trachsel Daniel, Ueber die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 18, Zürich 1980.
- Ulrich Walter, Die rechtsfähigen öffentlichen Anstalten des Kantons Solothurn, Zürcher Diss. 1972.
- Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 30/1971: Grundrechte im Leistungsstaat, Diskussionsbeiträge, S. 142ff.; zit.:, Diskussionsbeitrag zu VVDStRL 30/1971.
- Visini Sandro, Die rechtliche Gleichbehandlung von Bürgern und Einwohnern anderer Gebietskörperschaften mit den eigenen Bürgern und Einwohnern, Zürcher Diss. 1983.
- von Wartburg Walter P., Gleichheit und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, Beihefte zur ZSR, Heft 2, Basel 1983.
- Weber-Dürler Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Zürcher Habil. 1983; zit.: Weber-Dürler, Vertrauensschutz.
- Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 419, Bern 1973; zit.: Weber-Dürler, Rechtsgleichheit.
- Weder Manfred, Die öffentlichen Anstalten des Kantons St. Gallen, Freiburger Diss. 1953.
- Werder Hans, Der parastaatliche Bereich in der schweizerischen Demokratie, in: Dokumente und Informationen zur schweizerischen Orts- Regional- und Landesplanung (DISP), Nr. 57, 1980, S. 9ff.
- Wildhaber Luzius, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: ZSR N.F. 98/1979 II, S. 229ff.; zit.: Wildhaber, EMRK.
- Soziale Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 371ff.; zit.: Wildhaber, Soziale Grundrechte.
- Wolff Hans J./Bachof Otto, Verwaltungsrecht, Band I., 9. Auflage, München 1974
Band II., 4. Auflage, München 1976
Band III., 4. Auflage, München 1978.
- Zenger Christoph, Der Numerus clausus an Hochschulen als Grundrechtsfrage, in: ZSR N.F. 102/1983 I, S. 1ff.
- Zimmerli Ulrich, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht - Versuch einer Standortbestimmung, in: ZSR N.F. 97/1978 II, S. 1ff.
- Zimmerlin Erich, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1977.
- Zwahlen Henri, Des sociétés commerciales avec participation de l'état, Lausanner Diss. 1935.

Nachtrag

Folgende Werke konnten nicht mehr berücksichtigt werden, da sie bei Abschluss der Arbeit noch nicht zur Verfügung standen:

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Berner Diss. 1984; Grisel André, Traité de Droit administratif, 2 Bände, Neuchâtel 1984; Hertach Rudolf, Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung, Zürcher Diss. 1984; Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14., erg. Auflage, Heidelberg 1984.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
A.M. (a.M.)	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung oder Fussnote (in zitierter Literatur)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
Bd.	Band
beispielsw.	beispielsweise
betr.	betreffend
bezw.	beziehungsweise
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BS	Bereinigte Sammlung der Beschlüsse und Verordnungen von Behörden der Stadt Zürich (am 1. Januar 1975 in Kraft stehende Erlasse); 2 Bände; zit.: BS I, BS II.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid (Bundesrepublik Deutschland)
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid (Bundesrepublik Deutschland)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (ab 1976)
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt

E.	Erwägung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (wiedergeg. in SR 0.101)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Fn.	Fussnote (in der vorliegenden Arbeit)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GS	Gesetzessammlung
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20).
Habil.	Habilitationsschrift
HFG	Bundesgesetz über die Hochschulförderung vom 28. Juni 1968 (SR 414.20)
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 Abs. 1 BV)
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
IHV	Interkantonale Vereinbarung über Hochschulbeiträge vom 26. November 1979 (wiedergeg. in SR 414.23)
insbes.	insbesondere
i.S.	in Sachen
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
Kap.	Kapitel
KapVO	Verordnung über die Kapazitätsermittlung, die Curricularnormwerte und die Festsetzung von Zulassungszahlen (Kapazitätsverordnung - KapVO), Stand August 1980 (BRD), zitiert aus: Bahro Horst, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Köln u. andere 1981.
Kt.	Kanton
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
MBVR	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (bis 1975)
M.E. (m.E.)	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

N.	Note (in Kommentaren sowie Werken mit durchnumerierten Textabschnitten)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
"NZZ"	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Pr.	Die Praxis des Bundesgerichts
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700)
S.	Seite
SGGV	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull. NR/SR	Ämtliches Bulletin der Bundesversammlung Nationalrat/Ständerat
StV	Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen vom 23. Juni 1978 (BRD), zitiert aus: Bahro Horst, Das Hochschulzulassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Köln u. andere 1981.
u.	und
u.a.	unter anderem
u.s.w.	und so weiter
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (bis 1963)
VE BV	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung 1977
Vgl. (vgl.)	vergleiche
Vo	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (ab 1964)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVo	Vollziehungsverordnung
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (SR 843)

wiedergeg.	wiedergegeben
Z.B. (z.B.)	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR N.F.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)

In den Fussnoten werden beim Zitieren von Erlassen für die Kantone und für die Monate die üblichen Abkürzungen verwendet (AG für Aargau usw., Apr. für April usw.).

1. KAPITEL

DIE ANSTÄLTICH GENUTZTEN ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNGEN

§ 1 Vielfalt staatlicher Leistungsgewährung und dafür verwendeter Begriffe

Die Entwicklung des früheren liberalen Ordnungsstaates zum heutigen Interventions- und Leistungsstaat¹⁾ ist gekennzeichnet durch eine rapide Zunahme der Verflechtungen zwischen privater und staatlicher Betätigung in der Wirtschaft und in anderen Lebensbereichen, wo Dienst-, Geld- oder Sachleistungen verteilt werden. Zwar beschränkte sich das Gemeinwesen auch früher nicht ausschliesslich darauf, Ordnung und Sicherheit zu garantieren²⁾, doch hat die Zahl der Aufgaben, derer es sich annimmt, stark zugenommen. Dabei reichen die Arten der staatlichen Einflussnahme in verschiedensten Schattierungen von der finanziellen Unterstützung einer privaten Tätigkeit bis zur eigenen Wahrnehmung von Obliegenheiten. Die genannten Aktivitäten gehen längst nicht mehr alle von den ordentlichen Behörden aus, sondern es werden dafür auch Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung eingesetzt³⁾. Die Vielfalt staatlicher Leistungsgewährung spiegelt sich auch in der grossen Auswahl von dafür in der Rechtssprache verwendeten Bezeichnungen wieder. Für die Gesamtheit aller Leistungen des Gemeinwesens hat sich der Begriff "Leistungsverwaltung" allgemein durchgesetzt, wobei über dessen Bedeutung im einzelnen noch Unklarheiten bestehen⁴⁾.

1 Die Begriffe stammen von Werder, S. 9.

2 Werder, S. 9.

3 Ueberblicke dazu bei Imboden/Rhinow, Nr. 137; Werder, S. 9ff.; speziell für den Bund: Exposé der Justizabteilung vom 19. Feb. 1974, in: VPB 39/1975 Nr. 1.

4 Vgl. zum Begriff der Leistungsverwaltung beispielsweise Knapp, service public, insbes. S. 735; Wolff/Bachof, Bd. III, S. 181f.

Eine Vielzahl von Ausdrücken findet sich für jene staatlichen Einrichtungen, die zum Zwecke der Erbringung einzelner bestimmter Leistungen gegenüber dem Bürger geschaffen werden.

Mit dem Begriff "Daseinsvorsorge", der eine Anzahl zustimmender, ablehnender, ergänzender und präzisierender Stellungnahmen auslöste⁵⁾, umschrieb Forsthoff ursprünglich alle Veranstaltungen des Staates, die getroffen werden, um die Bedürfnisse des heutigen, auf engem Raum in grosser Zahl lebenden Menschen zu befriedigen. Die so verstandene Daseinsvorsorge gewährleistete das Recht auf angemessen bezahlte Arbeit, lenkte den Bedarf, die Erzeugung und den Umsatz von Gütern und erbrachte jene Leistungen, auf welche der moderne Mensch lebensnotwendig angewiesen ist, wie die Versorgung mit Wasser und Energie, den Transport, die Sozialversicherung u.s.w.⁶⁾. Später erblickte der Schöpfer des Ausdruckes dessen Sinn darin, die Teilnahme des Einzelnen an denjenigen staatlichen Leistungen zu sichern, die zu einem bestimmten Zeitpunkt für die Allgemeinheit und den Einzelnen als Glied derselben erbracht werden, indem jeder fördernden Tätigkeit des Gemeinwesens unabhängig von der Rechtsform ihrer Gewährung eine öffentlichrechtliche Komponente zugewiesen wird. Da viele Aufgaben, wie etwa die Sicherung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Arbeit und Lohn, von gesellschaftlichen Kräften übernommen würden, verblieben als klassische Fälle der Daseinsvorsorge die Versorgungsbetriebe, aber auch die Leistungen der Bahn und der Post sowie der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden. Dabei verliere der Begriff überall dort seine Bedeutung, wo das Gesetz den Anspruch des Einzelnen auf die betreffende Leistung ausdrücklich anerkenne⁷⁾. Meinungsverschiedenheiten bestehen unter anderem darüber, ob der Ausdruck "Daseinsvorsorge" auch Leistungen in den Gebieten Fürsorge, Bildung und Kultur erfasse⁸⁾.

5 Vgl. dazu Müller P.R., S. 116ff.

6 Forsthoff, leistende Verwaltung, S. 22ff.

7 Forsthoff, leistende Verwaltung, S. 9ff.

8 Vgl. dazu Müller P.R., S. 121.

Unter dem Terminus "öffentliche Sachen in anstaltlicher Nutzung" fasst Th. Fleiner den Gemeinwesen zugehörige Leistungseinrichtungen verschiedenster Bereiche zusammen, wie Friedhöfe, Spitäler, Schulen, Universitäten, Bibliotheken, Museen, Fürsorgeeinrichtungen, Eisenbahnen, Postautos, Anlagen der Wasser- und der Elektrizitätsversorgung sowie der Abwasserentsorgung⁹⁾. Wohl eine ähnliche Bedeutung messen Forsthoff und Salzwedel den von ihnen verwendeten Ausdrücken "anstaltlich gewährte Nutzung öffentlicher Sachen"¹⁰⁾ beziehungsweise "öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch"¹¹⁾ zu.

Gelegentlich findet sich auch die Bezeichnung "öffentlicher Betrieb". Nawiasky versteht darunter eine Verbindung von persönlichen und sachlichen Leistungen innerhalb der Staatstätigkeit, wobei "öffentliche Betriebe im weiteren Sinn" vorlägen, wenn sie eine Tätigkeit entfalteten, die auch Private ausüben, insbesondere, wenn es sich um eine Beteiligung am Wirtschaftsprozess handle. Demgegenüber dienten "öffentliche Betriebe im engeren Sinn" unmittelbar den Interessen der Gesamtheit und wendeten die gleichen Mittel an wie die übrigen Zweige der Verwaltung, zum Beispiel bei den öffentlichen Schulen und der Post¹²⁾. Bei Imboden/Rhinow erfasst der Ausdruck "öffentlicher Betrieb" offenbar alle Organisationen, die ausserhalb der Departementalverwaltung Aufgaben des Gemeinwesens erfüllen¹³⁾. Zu den "öffentlichrechtlichen Betrieben" sodann zählen bei Imboden/Rhinow alle Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, unabhängig von der Art der von ihnen wahrgenommenen Tätigkeit¹⁴⁾.

Schliesslich wird bisweilen auch die "öffentliche Anstalt" als Sammelbegriff für dem Staat zugehörige Leistungseinrichtungen verwendet. Der so gebrauchte Ausdruck steht dann nicht für eine be-

9 Fleiner Th., Verwaltungsrecht, S. 371ff.

10 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 407ff.

11 Salzwedel, S. 426ff.

12 Nawiasky, S. 356/357.

13 Vgl. den Obertitel für die Nummern 137-140, S. 1011.

14 Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/I/a u. II-IV.

sondere Organisationsform, sondern weist auf die Funktion der Leistungsgewährung hin¹⁵⁾.

Auch in der französischen Rechtssprache existiert offenbar keine allgemein anerkannte Bezeichnung für die besonderen Leistungseinrichtungen des Gemeinwesens. Unter dem Ausdruck "service public" etwa verstehen die einen eine bestimmte Organisationsform staatlicher Verwaltung, nämlich eine Einheit sachlicher und persönlicher Mittel, die eine der Verwaltung gesetzlich übertragene Aufgabe erfüllt, indem sie dem Bürger einzelne bestimmte Leistungen erbringt¹⁶⁾. Andere wollen mit demselben Begriff alle Tätigkeiten erfassen, derer sich der Staat im Interesse des Gemeinwohls annimmt, weil sie von der privaten Initiative nur ungenügend wahrgenommen werden¹⁷⁾. Wohl in der letztgenannten Bedeutung gebrauchen Giacometti und Imboden/Rhinow die deutsche Uebersetzung für "service public", den Ausdruck "öffentlicher Dienst"¹⁸⁾. Auch beim Terminus "Konzession des öffentlichen Dienstes" wird unter öffentlichem Dienst eine Tätigkeit verstanden, die der Staat als im öffentlichen Interesse liegend betrachtet, wobei dem Konzessionär das Recht verliehen wird, die betreffende Aufgabe für das Gemeinwesen wahrzunehmen¹⁹⁾. Bei A. Grisel und Knapp finden sich keine Oberbegriffe, die für sämtliche staatlichen Leistungseinrichtungen stehen. Unter dem Titel "services décentralisés" nennt A. Grisel die öffentliche Anstalt und die öffentlichrechtliche Stiftung²⁰⁾. Der Ausdruck "collaboration entre l'état et les administrés" umfasst die Konzession des öffentlichen Dienstes, die gemischtwirtschaftliche Unternehmung, die öffentlichrechtliche Körperschaft und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private²¹⁾. Knapp verwendet unter anderem die Begriffe "établissements administratifs", "établissements industriels et commerciaux"²²⁾ sowie "corporations de droit public proprement dites" und "entreprises d'économie mixte"²³⁾.

15 So offenbar Jecht Hans, Die öffentliche Anstalt, Berlin 1963, S. 62ff. u. 80ff., zitiert und zugleich kritisiert bei Püttner, S. 53f.; vgl. auch Schlüter, S. 63ff. u. Ulrich, S. 9.

16 Vgl. Lorétan Rod., Droit public et Droit privé dans le Service public, Lausanner Diss. 1937, S. 27ff. u. 38 sowie die bei Zwahlen, S. 3, genannten Autoren.

17 Vgl. Zwahlen, S. 3ff.

18 Giacometti nennt als Beispiele öffentlicher Dienste Fürsorge, Krankenpflege, Kulturpflege, öffentlichen Unterricht und die wirtschaftliche Betätigung des Gemeinwesens, ohne eine spezielle Organisationsform zu nennen (S. 46/47); Imboden/Rhinow, Nr. 138/B/I u. 157.

19 Grisel A., Droit administratif, S. 143; Imboden/Rhinow, Nr. 157.

20 Grisel A., Droit administratif, S. 115: Ausdrücklich nicht zu den "services décentralisés" zählt er die öffentlichen Unternehmungen in privatrechtlicher Form.

21 Grisel A., Droit administratif, S. 143ff.

22 Knapp, droit administratif, S. 334.

23 Knapp, droit administratif, S. 321.

§ 2 Zum Begriff der anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung

I. Allgemeine Umschreibung

Die Verwendung des Begriffes der anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung bezweckt, den Gegenstand der die vorliegende Arbeit beschäftigenden Fragestellung abzugrenzen. Unter der genannten Bezeichnung sind besonderen Zwecken gewidmete Einheiten der staatlichen Verwaltung zu verstehen, die einem Kreis von Benützern bestimmte Sach- oder Dienstleistungen vermitteln.

Dem Ausdruck der anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung wird gegenüber den nah verwandten Begriffen "anstaltlich gewährte Nutzung öffentlicher Sachen"(1), "öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch"(2) und "öffentliche Sachen in anstaltlicher Nutzung"(3) der Vorzug gegeben, weil sich das Arbeitsthema auch auf privatrechtlich organisierte Einheiten der staatlichen Verwaltung erstrecken soll und diese teilweise nicht zu den öffentlichen Sachen gezählt werden.

Die anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen weisen keine spezifische Organisationsform auf. Sie gehören regelmässig zur mittelbaren oder parastaatlichen Verwaltung. Dazu zählen die verschiedenen aus der ordentlichen Staatsadministration ausgegliederten öffentlich- oder privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger, die unter mehr oder weniger intensiver Aufsicht des Gemeinwesens staatliche Aufgaben erfüllen⁴⁾.

Wie bei der Organisationsform besteht auch in bezug auf die Art der angebotenen Dienst- oder Sachleistungen eine grosse Vielfalt: Anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen betätigen sich in Bereichen wie Alterspflege, Bildung, Freizeit, Gesundheitsversorgung und Kultur, aber auch in Wirtschaftssektoren, etwa der Energieversorgung oder dem Transportwesen.

1 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 407.

2 Salzwedel, S. 426.

3 Fleiner Th., Verwaltungsrecht, S. 371.

4 Vgl. zum parastaatlichen Bereich Werder, S. 9ff.; zum Begriff der mittelbaren Staatsverwaltung Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 470ff.

Für anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen, die wirtschaftliche Leistungen erbringen, werden auch Bezeichnungen wie "öffentliche Unternehmung"(5) oder "öffentlicher Betrieb"(6) verwendet. Auf deren Bedeutung im einzelnen, über die keineswegs Einigkeit besteht, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

II. Die Bestandteile im einzelnen

A) Öffentliche Einrichtung

Der Begriff der öffentlichen Einrichtung wird in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung eher selten und nicht in einem spezifischen Sinn verwendet⁷⁾. Im deutschen Recht spielt er im Zusammenhang mit der Leistungsgewährung von Gemeinden eine Rolle⁸⁾. In dieser Arbeit ist damit eine dem Staat zugehörige Einheit sachlicher und persönlicher Mittel gemeint. Der staatlichen Sphäre zuzurechnen ist eine Einrichtung dann, wenn sie unmittelbar von einem oder mehreren Gemeinwesen oder von anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts getragen wird, sowie, wenn sie einer privatrechtlichen Organisation zugehört, hinter der ausschliesslich öffentlichrechtliche Rechtssubjekte stehen⁹⁾.

5 Vgl. etwa Dénéréaz, insbes. S. 57aff.; Hünerwadel, insbes. S. 31ff.; Hug, S. 131ff.; Müller P.R., insbes. S. 151ff.; Püttner, insbes. S. 42ff.; Schürmann, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, insbes. S. 92af.

6 Vgl. Nawiasky, S. 356/357; siehe auch Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/I/a u. 137/B/II-IV.

7 Siehe etwa BGE 104 Ia 116 sowie BGE vom 17. Okt. 1979, wiedergeg. in: ZBl 81/1980, S. 177ff.

8 Vgl. Püttner, S. 60, sowie Urteil des Obergerichtspräsidenten Münster vom 21. Aug. 1969, wiedergeg. in: DVBl 86/1971, S. 218f. (mit Anmerkung).

9 Das gleiche Kriterium der Trägerschaft verwendet beispielsweise Gross, S. 65, zur Abgrenzung zwischen Privatspital und öffentlichem Spital; anders dagegen Keller, S. 8: Öffentliches Spital ist öffentlichrechtlich organisiert.

Keine öffentliche Einrichtung im eben genannten Sinn liegt somit vor, wenn an ihr auch privatrechtliche Rechtssubjekte beteiligt sind. Die Einrichtungen mit gemischter Trägerschaft, für die - jedenfalls wenn sie sich in einem Wirtschaftsbereich betätigen - oft der geläufigere Ausdruck der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung⁽¹⁰⁾ gebraucht wird, gehören somit an sich nicht zum Gegenstand der für die vorliegende Arbeit gewählten Fragestellung. Angesichts ihrer erheblichen praktischen Bedeutung und ihrer Verwandtschaft mit den rein staatlichen Institutionen namentlich im Falle der Mehrheitsbeteiligung des Gemeinwesens bedürfte es aber der Abklärung, ob und inwiefern verfassungsrechtliche Bindungen auch für derartige Organisationen bestehen⁽¹¹⁾.

B) Anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtung

Die Beifügung "anstaltlich genutzt" grenzt einerseits von den der ordentlichen Behördentätigkeit gewidmeten öffentlichen Einrichtungen (öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch) ab¹²⁾ und andererseits von jenen, die zur widmungsgemässen Benützung jedermann voraussetzungslos offen stehen (öffentliche Sachen im Gemeingebrauch)¹³⁾.

Ab dem folgenden Paragraphen wird im Text einfachheitshalber die Bezeichnung "öffentliche Einrichtung" verwendet, wobei damit immer eine anstaltlich genutzte gemeint ist, wenn nichts anderes gesagt wird.

10 Vgl. zum hier ebenfalls nicht näher zu erörternden Begriff der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung beispieelsw. Dénéréaz, S. 24aff.; Erb Karl, Rechtsstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmen in der Schweiz, Zürcher Diss. 1937, S. 1ff.; Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/I/b; Hünerwadel, S. 35ff.; Jüngling Alfred, Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft, St. Galler Diss. 1948, S. 29ff.; Schürmann, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, S. 92af.; Zwahlen, S. 36ff.

11 Vgl. dazu Püttner, S. 46.

12 Siehe dazu gleich Kap. 1/§ 2/II/B/1.

13 Siehe dazu gleich Kap. 1/§ 2/II/B/2.

1. Abgrenzung von den öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch

Bei den öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch handelt es sich um Einrichtungen und bewegliche Mittel aller Art, die primär den Behörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen. Je nachdem hat zwar der Bürger, etwa bei Verwaltungsgebäuden, ebenfalls Zugang und kann verlangen, dass die Behörde tätig werde, doch geht es dabei nicht wie bei den anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen um die Benützung der Institution als solche¹⁴⁾. Wird eine öffentliche Sache im Verwaltungsgebrauch, z.B. ein Gemeindehaus, neben der Benutzung durch die Verwaltung auch Bürgern für bestimmte Veranstaltungen (Konzerte, Versammlungen usw.) zur Verfügung gestellt, so wird sie in dieser Hinsicht zur anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung¹⁵⁾.

2. Abgrenzung von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

Von den einem Gemeinwesen zugehörigen öffentlichen Sachen¹⁶⁾ zählen alle von Menschenhand geschaffenen zu den öffentlichen Einrichtungen, wie sie für die vorliegende Arbeit definiert wurden¹⁷⁾.

Unter den Begriff fallen somit auch Werke wie Strassen, Brücken und Kanäle. Diese Kategorie öffentlicher Einrichtungen ist von den anstaltlich genutzten abzugrenzen.

14 Vgl. Portner, S. 48/49; zur Abgrenzung der öffentlichen Anstalt von den Behörden siehe hinten, unter Kap. 1/§ 3/III/A/1/b/aa.

15 Vgl. den bereits vorne, unter Kap. 1/§ 2/II/A zitierten Entscheid des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 21. Aug. 1969, wiedergeg. in: DVBl 86/1971, S. 218f., wonach der Balkon eines Rathauses eine (im Sinne dieser Arbeit anstaltlich genutzte) öffentliche Einrichtung ist, falls er Veranstaltungen auf dem Rathausvorplatz als Rednertribüne gewidmet ist; siehe zur Frage der Benützung eines Gemeindesaales für eine politische Veranstaltung den nicht publizierten BGE vom 19. März 1980 i.S. Unité jurassienne Péry-La Heutte.

16 Siehe Art. 644 ZGB.

17 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2/II/A.

Der Gemeingebrauch der natürlichen sowie der durch Menschen erbauten öffentlichen Sachen steht jedermann ohne weitere Vermittlung durch die zuständige Verwaltungsbehörde offen¹⁸⁾. Die widmungs-gemäße Benützung anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen hingegen setzt einen Zulassungsakt voraus, wobei dieser formlos erfolgen kann und an keine Voraussetzung geknüpft sein muss¹⁹⁾. Nach der Auffassung Salzwedels erhält der eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch Nutzende eine dingliche Rechtsposition, was beim Benutzer einer öffentlichen Sache im Anstaltsgebrauch²⁰⁾ selbst dann nicht der Fall ist, wenn das positive Recht einen Anspruch auf Zulassung statuiert²¹⁾.

In der Rechtswirklichkeit tritt der beschriebene Unterschied nicht immer deutlich zu Tage. Einerseits erfolgt die Zulassung zu bestimmten anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen permanent voraussetzungs- und formlos (Registrierung als Bibliotheksbenutzer, Bezahlung des Eintrittsgeldes bei Museen oder Schwimmbädern)²²⁾, und andererseits wäre die Benützung gewisser öffentlicher Einrichtungen, die seit jeher als im Gemeingebrauch stehend betrachtet wurden, wie Autobahnen, Autotunnels und Wasserkanäle, ohne zusätzliche Vorkehren der Verwaltung neben der Bereitstellung gar nicht möglich²³⁾. Das Deutsche Bundesverwaltungsgericht hat Schleusen nicht als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, sondern als Anstalten bezeichnet, da die Tätigkeit der Verwaltung, welche für die Benützung der Anlage vorausgesetzt ist, über die bloße Bereitstellung der Sache hinausgeht²⁴⁾.

18 Grisel A., Droit administratif, S. 287; Portner, S. 12; Salzwedel, S. 378.

19 Portner, S. 12; Salzwedel, S. 378; BGE 100 Ia 291 E. 3a.

20 Diesem Ausdruck dürfte im wesentlichen die gleiche Bedeutung zukommen, wie demjenigen der "anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung" (siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2/I).

21 Salzwedel, S. 378.

22 Portner, S. 46.

23 Salzwedel, S. 378f.

24 BVerwGE 32, 299ff.; bestätigt in BVerwGE 39, 236; von Wolff/Bachof, Bd. II, S. 366, als "irrig" bezeichnet.

Eine klarere Abgrenzung als jene durch das Kriterium der zur Benutzbarkeit erforderlichen Verwaltungsaufwendungen ergibt sich wohl, wenn man das Merkmal der feststehenden und absehbaren Grenze der Leistungskapazität heranzieht. Die limitierte Aufnahmefähigkeit führt bei der anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtung zur - oft allerdings nur potentiellen - Notwendigkeit der Beschränkung des Benutzerkreises, währenddem eine eventuelle erhebliche Zunahme der Benutzerzahl öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch allenfalls die Benützung reglementierende Massnahmen (z.B. verkehrspolizeilicher Natur bei Strassen) erforderlich macht.

§ 3 Organisationsformen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen

Wenn im folgenden die verschiedenen Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung öffentlicher Einrichtungen dargestellt werden, so geschieht dies vorab der Vollständigkeit halber. Die Organisationsform einer Institution spielt zwar namentlich für die Rechtsnatur der Beziehungen zu den Benützern eine gewisse Rolle¹⁾. Bereits an dieser Stelle sei jedoch auf den später zu erörternden Standpunkt hingewiesen, dass für die Verfassungsbindung einer staatlichen Leistungseinrichtung deren Organisationsstatut und die Rechtsnatur von deren Verhältnis zu den Benützern nicht entscheidend sein können²⁾.

I. Kriterien für die Wahl der Organisationsform

Die Motive für die Wahl der Organisationsform öffentlicher Einrichtungen dürften von Fall zu Fall wieder etwas anders gelagert sein³⁾.

Immerhin lassen sich einige typische Beweggründe nennen:

Eine körperschaftliche Organisation kommt vor allem dann zum Zuge, wenn mehrere Gemeinwesen zusammen eine Leistungseinrichtung betreiben wollen. Die juristische Verselbständigung ermöglicht eine effiziente und flexible Führung, die mitgliedschaftliche Struktur sichert das Mitspracherecht der einzelnen Beteiligten. Zweckverbände von Gemeinden aus einem Kanton sind häufig als öffentlichrechtliche Körperschaften des kantonalen Rechts organisiert. Dagegen schliessen sich Gemeinwesen verschiedener Kantone eher zu privatrechtlichen Körperschaften zusammen, da für juristische Personen des

1 Siehe hinten, unter Kap. 2/§ 1/I.

2 Siehe hinten, unter Kap. 2/§ 2.

3 Vgl. die bei Gygi, Universität, S. 145ff. genannten Beweggründe zur Schaffung einer öffentlichen Anstalt.

öffentlichen Rechts eine übergeordnete Organisationsregelung fehlt⁴⁾. Von - zurzeit abnehmender - Bedeutung ist die öffentlich-rechtliche Körperschaft sodann als Rechtsform örtlicher oder regionaler Selbsthilfeorganisationen.

Bei der Errichtung öffentlicher Anstalten steht das Motiv der Ausgliederung einer Einrichtung aus der ordentlichen Verwaltung im Vordergrund. Der gleiche Grund spielt auch bei Stiftungen und Fonds eine Rolle. Daneben ermöglicht die Errichtung einer Stiftung bisweilen auch die gemeinsame Trägerschaft anstaltsähnlicher Einrichtungen durch mehrere Gemeinwesen⁵⁾.

II. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Organisationsformen

A) Rechtsfähige Organisationsformen

1. Juristische Persönlichkeit

Als selbständige Träger öffentlicher Einrichtungen kommen ausser dem Gemeinwesen selbst andere juristische Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts in Frage, die letztgenannten allerdings nur, wenn die Mitglieder, beziehungsweise bei der Stiftung die Errichter, ihrerseits ausschliesslich Gemeinwesen oder andere öffentlichrechtliche Rechtssubjekte sind⁶⁾.

4 Schürmann, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, S. 97a; siehe auch Häfelin, S. 257, der jedoch auch ein Beispiel einer interkantonalen öffentlichen Anstalt nennt: vgl. Art. 1 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das Interkantonale Technikum Rapperswil vom 20. Mai 1970 (wiedergeg. in GS ZH 414.32); siehe auch Art. 1 Abs. 1 des Konkordates betreffend Technikum für Obst-, Wein- und Gartenbau in Wädenswil vom 14. März 1974 (wiedergeg. in SR 412.191.04): Es handelt sich um eine interkantonale Körperschaft des öffentlichen Rechts.

5 Siehe hinten, unter Kap. 1/§ 3/II/B, Fn. 101 betr. Zentralbibliothek Zürich.

6 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2/II/A.

Die Entstehung der juristischen Personen des Privatrechts richtet sich nach den Vorschriften des Bundeszivilrechts(7) oder des kantonalen Privatrechts. Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB bestimmen die Kantone, auf welchem Weg ihre öffentlichrechtlichen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen das Recht der Persönlichkeit erlangen. Nach Auffassung des Bundesgerichts ergibt sich jedoch aus dem Bundeszivilrecht und aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung, dass die Bildung juristischer Personen des öffentlichen Rechts der Grundlage eines Gesetzes im formellen Sinn bedarf(8).

2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts

a) Im allgemeinen

Bisweilen bereitet die Zuordnung einer juristischen Person zum öffentlichen oder privaten Recht Schwierigkeiten. Als eindeutig öffentlichrechtlich bezeichnet Jagmetti diejenigen Körperschaften oder Anstalten, die selbst einen Teil der staatlichen Organisation ausmachen, oder, ohne selbst ein Stück der Staatsverwaltung zu bilden, aufgrund zwingenden Organisationsrechts allgemeine Zwecke zu erfüllen haben⁹⁾. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass auch privatrechtliche Rechtssubjekte als Bestandteile der mittelbaren oder parastaatlichen Verwaltung unter Beachtung öffentlich-

7 Vgl. Art. 52ff. ZGB sowie die Sondervorschriften zu den einzelnen juristischen Personen.

8 BGE 104 Ia 444 E. 4c mit Verweisung auf Grisel A., Droit administratif, S. 166 oben; ähnlich betreffend rechtsfähige öffentliche Anstalten auch Wolff/Bachof, Bd. II, S. 379; anders Egger, N. 5 zu Art. 59 ZGB, wonach sich die Frage der Rechtsfähigkeit der öffentlichen Anstalten nach ihrer vermögensrechtlichen Stellung und ihrer organisatorischen Ausgestaltung entscheide.

9 Jagmetti, S. 260.

rechtlicher Vorschriften Aufgaben des Gemeinwesens wahrnehmen¹⁰⁾. Die Betrauung privatrechtlicher Organisationen mit derartigen Obliegenheiten bedingt eine staatliche Aufsicht¹¹⁾ und kann mit der Uebertragung hoheitlicher Mittel an das Privatrechtssubjekt verbunden sein¹²⁾. Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die Staatsaufsicht, die Verleihung hoheitlicher Mittel sowie die weiteren in der Literatur als Merkmale oder Indizien aufgeführten Kennzeichen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts¹³⁾, wie Gründung ohne Willensäusserung der Beteiligten, Erfordernis der staatlichen Genehmigung von Statuten oder Reglementen und Mitgliedschaft ohne persönliche Zustimmung, stellen für sich allein kein genügendes Kriterium für die Zuordnung einer juristischen Person zum öffentlichen Recht dar¹⁴⁾. Bei Abgrenzungsschwierigkeiten, die vor allem bei juristischen Personen des kantonalen Rechts vorkommen¹⁵⁾, hat die Würdigung des Gesamtbildes über die Zuordnungsfrage zu entscheiden¹⁶⁾.

10 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/I/b u. c, 157; Müller P.R., S. 110ff.; Wolff/Bachof, Bd. II, S. 172; für den Bund: Exposé der Justizabteilung vom 19. Feb. 1974, in: VPB 39/1975, Nr. 1. Beispiele: Kontrolle der elektrischen Starkstromanlagen durch den Schweizerischen Elektrotechnischen Verein (vgl. BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, SR 734.0 u. Vo über das Eidgenössische Starkstrominspektorat vom 24. Okt. 1967, SR 734.24); Entscheid über die Zulassung bestimmter Bewerber zum Bergführerkurs des Kt. GR durch den Schweizerischen Alpen-Club SAC (vgl. BGE 103 Ia 544ff.); zahlreiche weitere Beispiele finden sich bei Brunner Ursula, Rechtsetzung durch Private, Zürcher Diss. 1982, S. 13ff.

11 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 157/B/II/c; BGE 103 Ia 551 E. 5c, 100 Ia 178 E. 4a, 88 I 303ff.

12 Wolff/Bachof, Bd. II, S. 173.

13 Vgl. Jagmetti, S. 260; Riemer, Systematischer Teil, N. 466, S. 294.

14 Jagmetti, S. 260; Riemer, Systematischer Teil, N. 466, S. 294.

15 Vgl. Jagmetti, S. 266, betreffend die an sich unter den Vorbehalt kantonalen Privatrechts gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB fallenden Korporationen sowie BGE 93 I 509.

16 Hünerwadel, S. 27; Jagmetti, S. 260. Riemer, Systematischer Teil, N. 466, S. 294; Gottlieb, S. 134/135, verlangt, dass der Kanton den Kreis der öffentlichrechtlichen Körperschaften eindeutig festlege.

b) Bei Trägerorganisationen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen

Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB bleibt für öffentlichrechtliche und kirchliche Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten. Art. 59 Abs. 3 ZGB bestimmt den Kreis zulässiger Körperschaften des kantonalen Privatrechts (privatrechtliche Anstalten beziehungsweise Stiftungen des kantonalen Rechts gibt es nicht)¹⁷⁾. Es handelt sich bei ihnen um Korporationen, die mit der Nutzung von Grund und Boden zusammenhängen, wie Alpgenossenschaften, Brunnen-, Quell-, Weg-, Flurgenossenschaften und dergleichen¹⁸⁾. Als Organisationsformen staatlicher Einrichtungen, die einem Kreis von Benützern bestimmte Leistungen gewähren, dürften sie kaum zulässig sein.

Für die selbständige Trägerschaft staatlicher Leistungseinrichtungen fallen somit nur juristische Personen des öffentlichen Rechts von Bund und Kantonen und des Bundeszivilrechts in Betracht¹⁹⁾.

Dabei bestimmt das öffentliche Recht den Kreis der ihm zugehörigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen selbst²⁰⁾. Häufig werden juristische Personen des öffentlichen Rechts in den sie betreffenden Erlassen ausdrücklich als solche bezeichnet. Soll als Trägerin einer öffentlichen Einrichtung eine juristische Person des Bundesprivatrechts auftreten, so haben sich sowohl deren Bildung als auch die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Beteiligten nach den betreffenden bundeszivilrechtlichen Vorschriften zu richten. Weicht die geschaffene Organisation von zwingenden Bestimmungen

17 Meier-Hayoz/Forstmoser, S. 348.

18 Vgl. Egger, N. 29 zu Art. 59 ZGB; Jagmetti, S. 265/266; Meier-Hayoz/Forstmoser, S. 348/349.

19 Nicht zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man Art. 763 OR als Vorbehalt kantonalen Privatrechts betrachtet, wie dies Schürmann, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, S. 183a, und Müller P.R., S. 168, tun. Dagegen spricht aber der Titel des nur aus Art. 763 OR bestehenden Abschnittes "Ausschluss der Anwendung des Gesetzes auf öffentlichrechtliche Anstalten". Auch fehlt bei Liver, N. 32 zu Art. 5 ZGB, Art. 763 OR in seiner Liste der Vorbehalte, die eine Regelung dem kantonalen Privatrecht zuteilen.

20 Jagmetti, S. 260.

des Bundesprivatrechts ab, so liegt eine juristische Person des öffentlichen Rechts vor, selbst wenn ihre Bezeichnung, etwa als "Aktiengesellschaft" oder als "Verein", auf eine bundeszivilrechtliche Organisationsform hindeutet.

B) Nicht rechtsfähige Organisationsformen

Wird für eine öffentliche Einrichtung keine rechtsfähige Organisation geschaffen, so ist das Gemeinwesen, dem die Institution zugehörig ist, selbst unmittelbar Träger der Rechte und Pflichten.

Für diese Fälle verbleiben zwei Grundtypen der organisatorischen Ausgestaltung: Entweder ist für die Leistungseinrichtung ein Zweig der ordentlichen Behördenorganisation zuständig²¹⁾ oder die Institution weist eine eigene, aus der Zentralverwaltung ausgesonderte, aber nicht rechtsfähige Organisation auf. Es handelt sich dabei meist um die nicht rechtsfähige öffentliche Anstalt²²⁾.

Nach Grüter gibt es daneben auch als einfache Gesellschaften organisierte Gemeindezweckverbände, die öffentliche Einrichtungen führen⁽²³⁾. Möglicherweise bezieht sich in solchen Fällen der privatrechtliche Gesellschaftsvertrag auch nur auf die Zusammenarbeit der Gemeinden und ist die Einrichtung als nicht rechtsfähige öffentliche Anstalt einer der beteiligten Gemeinden organisiert. Auch von rechtsfähigen Zweckverbänden getragene Institutionen können ihrerseits nicht rechtsfähige öffentliche Anstalten darstellen, wenn sie eine eigene, von den Organen des Zweckverbandes relativ unabhängige Organisation aufweisen⁽²⁴⁾. Gleiches gilt auch für Einrichtungen,

21 Z.B. bei Kanalisationsanlagen, Parks und Sportanlagen; Portner, S. 11, spricht in solchen Fällen von Sachinbegriffen in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung.

22 Diese wird oft auch als unselbständige öffentliche Anstalt bezeichnet, doch wird in der vorliegenden Arbeit auf diesen Ausdruck verzichtet, da die administrative Selbständigkeit einer Anstalt nur in geringem Masse von deren Rechtsfähigkeit abhängt (vgl. dazu hinten, unter Kap. 1/§ 3/III/A/1/b/aa).

23 Grüter, S. 28.

24 Dies ist etwa bei von Zweckverbänden geführten Schulen oder Verkehrsunternehmungen denkbar.

die durch von mehreren Gemeinwesen errichtete Stiftungen finanziert werden⁽²⁵⁾. Ulrich spricht in einem ähnlichen Zusammenhang von "gestifteten Anstalten"⁽²⁶⁾.

C) Bedeutung der Rechtsfähigkeit für das Verhältnis zum Gemeinwesen

Zweifellos weisen privatrechtlich organisierte öffentliche Einrichtungen einen hohen Grad an Unabhängigkeit gegenüber der öffentlichen Hand auf. Dies hängt jedoch weniger mit der eigenen Rechtspersönlichkeit als mit der Ausgliederung aus dem öffentlichen Recht überhaupt zusammen. Mehr ergibt deshalb ein Vergleich zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Organisationsformen des öffentlichen Rechts: Mit der Zuerkennung der juristischen Persönlichkeit erlangt eine Organisation die Rechtsfähigkeit im Sinne von Art. 53 ZGB⁽²⁷⁾. Sie wird selbständige Trägerin privatrechtlicher Rechte und Pflichten und kann im eigenen Namen klagen und verklagt werden⁽²⁸⁾. Hingegen hat die Ausgestaltung eines Verwaltungsträgers als rechtsfähige Organisation für sein öffentlichrechtliches Ver-

25 Vgl. etwa die Zuständigkeiten der Bibliotheksleitung der Zentralbibliothek Zürich, die von einer gemeinsam von Kanton und Stadt errichteten privatrechtlichen Stiftung (Riemer, Systematischer Teil, N. 493, S. 308 u. N. 473, S. 297) getragen wird (Bibliotheksordnung vom 11. Feb. 1915, GS ZH 432.212).

26 Ulrich, S. 15.

27 Egger, N. 14 zu Art. 59 ZGB.

28 Egger, N. 14 zu Art. 59 ZGB; Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/VI; vgl. auch BGE 93 I 660 E. 1, wo allerdings eine fälschlicherweise gegen einen bestimmten Verwaltungszweig des Bundes gerichtete Klage als solche gegen die Eidgenossenschaft an die Hand genommen wurde.

hältnis zum Gemeinwesen keine überragende Bedeutung²⁹⁾. Dies zeigt sich insbesondere im Vergleich zwischen den rechtsfähigen und den nicht rechtsfähigen öffentlichen Anstalten³⁰⁾: Nach heute vorherrschender Meinung spielt die juristische Persönlichkeit einer öffentlichen Anstalt für die Frage ihrer Autonomie gegenüber dem Muttergemeinwesen keine³¹⁾ oder nur eine untergeordnete³²⁾ Rolle³³⁾. Oft weisen nicht rechtsfähige Anstalten einen höheren Autonomiegrad auf als solche, die mit juristischer Persönlichkeit versehen sind³⁴⁾.

Auch garantiert die Organisation eines Verwaltungsträgers als (immer rechtsfähige) öffentlichrechtliche Körperschaft nicht unbedingt eine besondere Unabhängigkeit gegenüber der Zentralverwaltung. Bei gewissen Korporationen des öffentlichen Rechts verbleibt nur der Schein einer unabhängigen körperschaftlichen Willensbildung³⁵⁾.

Eine weitere Minderung der Bedeutung der Rechtsfähigkeit ergibt sich schliesslich daraus, dass an Organisationen, die an sich nicht

29 Gewisse Auswirkungen zeitigt sie im Haftungsrecht (oft wird jedoch die grundsätzlich auf das Vermögen des rechtsfähigen Verwaltungsträgers beschränkte Haftung durch Gesetz subsidiär auf das Gemeinwesen ausgedehnt, vgl. etwa § 6 des Gesetzes über die Zürcher Kantonalbank vom 28. Mai 1978, GS ZH 951.1) und im Steuerrecht (grundsätzliche, praktisch immer jedoch ausgeschlossene Steuerpflicht der rechtsfähigen Organisation gegenüber dem Gemeinwesen); zur Frage des Schutzes der Autonomie rechtsfähiger Anstalten und Körperschaften vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/II; BGE 103 Ia 58ff., 99 Ia 757f., 96 I 329 E. 1 und Meinungsäusserung der Justizabteilung vom 19. Jan. 1978, in: VPB 42/1978 Nr. 57, S. 245f.

30 Siehe zu den öffentlichen Anstalten im übrigen hinten, unter Kap. 1/§ 3/III/A/1.

31 Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/VI.

32 Gygi, Universität, S. 145; Keller, S. 18; Stähelin, S. 15.

33 Anders Ulrich, S. 7f., der in der Rechtsfähigkeit der Anstalt die rechtliche Ausgliederung derselben aus dem allgemeinen Verwaltungssystem erblickt.

34 Vgl. dazu Meinungsäusserung der Justizabteilung vom 19. Jan. 1978, in: VPB 42/1978 Nr. 57, S. 245.

35 Gygi, Universität, S. 135, betreffend die "Butyra" und "die Genossenschaft für Getreide und Futtermittel".

mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet sind, Teilrechtsfähigkeiten (etwa aktive und passive Klagelegitimation) verliehen werden können³⁶⁾.

III. Die Organisationsformen im einzelnen

A) Öffentlichrechtliche Organisationsformen

1. Die öffentliche Anstalt³⁷⁾

a) Allgemeines

Die öffentliche Anstalt ist die weitaus häufigste Organisationsform öffentlicher Einrichtungen. Ausdrücklich als solche bezeichnet werden im Kanton Zürich beispielsweise die Kantonalbank³⁸⁾ und die Gebäudeversicherung³⁹⁾, doch handelt es sich auch bei den öffentlich-rechtlich geregelten staatlichen Bibliotheken, Erschliessungsanlagen, Freizeiteinrichtungen, Schulen, Spitälern u.s.w. in der Regel um öffentliche Anstalten.

Die öffentliche Anstalt wird etwas ausführlicher dargestellt als die übrigen Organisationsformen staatlicher Einrichtungen. Dies rechtfertigt schon ihre grosse praktische Bedeutung. Zudem lassen sich die anderen Organisationen des öffentlichen Rechts durch deren Abgrenzung von der öffentlichen Anstalt am besten veranschaulichen.

36 Dazu Stähelin, S. 14/15; als Beispiel seien die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) genannt (vgl. Art 5 Abs. 2 des BG über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 23. Juni 1944 (SR 742.31).

37 Gemeint ist damit - genau gesagt - die Anstalt des öffentlichen Rechts. Die privatrechtlichen Anstalten zählen zu den privatrechtlichen Stiftungen.

38 § 1 des Gesetzes über die Zürcher Kantonalbank vom 28. Mai 1978 (GS ZH 951.1).

39 § 1 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung vom 2. März 1975 (GS ZH 862.1).

Bei der Erklärung ihres Begriffes ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Anstalt nicht ausschliesslich eine Organisationsform für staatliche Leistungseinrichtungen ist. Es kommen auch öffentliche Anstalten vor, deren Tätigkeit sich auf den Einzelnen nur mittelbar auswirkt⁴⁰⁾ sowie solche, welche die Interessenverfolgung des Benützers unmittelbar einschränken⁴¹⁾.

b) Begriff

Nach der klassischen Definition von Otto Mayer ist die öffentliche Anstalt "ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind".⁴²⁾ Die so umschriebene öffentliche Anstalt ist abzugrenzen von den Zweigen der ordentlichen Behörden, von den übrigen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der mittelbaren Verwaltung und schliesslich von den privatrechtlich organisierten Trägern öffentlicher Verwaltung.

aa) Abgrenzung von den Zweigen der ordentlichen Verwaltung

Die Anstaltsdefinition von Otto Mayer erfasst auch die verwaltende Tätigkeit von Behörden⁴³⁾. Zum Wesen der öffentlichen Anstalt als Organisationsform der mittelbaren Staatsverwaltung gehört indessen eine gewisse Verselbständigung gegenüber ihrem Träger⁴⁴⁾. Eine Mehrheit von Autoren legt bei der Beurteilung dieser Selbständigkeit das Gewicht auf die Autonomie der Organisation gegenüber der

40 Z.B. Forschungsanstalten.

41 Z.B. Gefängnisse.

42 Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl., München u. Leipzig 1924, S. 268.

43 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 494.

44 Portner, S. 8; Stähelin, S. 13.

ordentlichen Verwaltung⁴⁵⁾, eine Minderheit auf die Ausstattung einer Verwaltungseinheit mit juristischer Persönlichkeit⁴⁶⁾. Da jede öffentliche Anstalt wesensgemäss eine gewisse administrative Selbständigkeit (Autonomie) aufweist, erscheint die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen öffentlichen Anstalten sinnvoller als jene zwischen selbständigen und unselbständigen.

Mass und Ausgestaltung der einer öffentlichen Anstalt zugestandenen Autonomie lassen sich nicht abstrakt umschreiben, sondern hängen von den jeweiligen Motiven der Anstaltserrichtung ab⁴⁷⁾. Die Unabhängigkeit äussert sich in der Aufteilung der sich aus der Anstaltsaufgabe ergebenden Entscheidungen, Obliegenheiten, Funktionen und Verrichtungen zwischen dem Trägerverband und den Anstaltsorganen, teils in strikter Abgrenzung der Zuständigkeiten, teils in mannigfachsten Formen des Zusammenwirkens (Antragsrechte, Mitwirkungsrechte, Vorlage- und Genehmigungspflichten)⁴⁸⁾. Prägendes Merkmal ist ein selbständiger Handlungs-, Entscheidungs- und Verantwortungsbereich⁴⁹⁾, ein Bereich eigener Sachverantwortung⁵⁰⁾, ein ungebundener Steuerungsraum⁵¹⁾. Weitere Erscheinungsformen der administrativen Selbständigkeit der öffentlichen Anstalt sind die wirtschaftliche und finanzielle Eigenständigkeit in Form eines gegenüber dem Trägerverband verselbständigten Sondervermögens und eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung⁵²⁾ sowie die grundsätzlich fehlende Weiterzugsmöglichkeit von Anstaltsverfügungen an die

45 So unter anderen Gygi, Universität, S. 134 u. S. 145ff.; Keller, S. 17ff.; Stähelin, S. 15ff.

46 Ulrich, S. 7f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, führt zwar S. 494 aus, dass im Zusammenhang mit der mittelbaren Staatsverwaltung nur die rechtsfähige öffentliche Anstalt interessiere, schränkt diese Aussage in Anm. 1 jedoch wieder ein.

47 Gygi, Universität, S. 146.

48 Gygi, Universität, S. 146.

49 Gygi, Universität, S. 145.

50 Stähelin, S. 16.

51 Jecht (zit. vorne, unter Kap. 1/§ 1, Fn. 15), S. 46.

52 Stähelin, S. 16.

nächsthöhere Verwaltungsinstanz⁵³⁾. Schliesslich wird zum Teil auch die Rechtsfähigkeit als - wenn auch wenig gewichtiges - Element der Autonomie bezeichnet⁵⁴⁾.

Gelegentlich kann die Abgrenzung zwischen relativ selbständigen Zweigen der unmittelbaren Verwaltung einerseits und Anstalten ohne eigener Rechtspersönlichkeit andererseits schwierig sein⁵⁵⁾.

Schlüter erblickt den Unterschied darin, dass von Anstalten primär Realakte ergingen, währenddem die Tätigkeit von Behörden durch die Vornahme von Rechtshandlungen charakterisiert sei⁵⁶⁾. Immerhin sind Behörden bisweilen auch für die Verwaltung nutzbarer öffentlicher Einrichtungen zuständig und erfüllen dann die gleiche Funktion wie Anstaltsorgane. Dies ist etwa der Fall bei Kanalisationsanlagen⁵⁷⁾ und Sportplätzen⁵⁸⁾. Solche anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen, die keine eigene Organisation aufweisen, sondern nur einen Sachinbegriff in der Hand eines Trägers der ordentlichen Verwaltung darstellen, zählen nicht zu den öffentlichen Anstalten⁵⁹⁾.

53 Stähelin, S. 16.

54 Gygi, Universität, S. 145; Keller, S. 18; Stähelin, S. 17.

55 Weder, S. 56.

56 Schlüter, S. 74ff.

57 Portner, S. 11; vgl. betreffend Verwaltung des stadtzürcherischen Abwasserkanalnetzes durch Tiefbauamt und Stadtrat BS II, 530ff.

58 Ueber die Benützung stadtzürcherischer Sportanlagen entscheiden Behördenstellen (in der BS finden sich nur das Reglement für den städtischen Sportausschuss, BS II, 239, sowie Richtlinien des Stadtrates für die Belegung und Benützungsgebühren der Zürcher Sporthalle, BS II, 240ff.).

59 Portner, S. 11.

bb) Abgrenzung von den übrigen öffentlichrechtlichen Organisationsformen der mittelbaren Verwaltung

aaa) Abgrenzung von der öffentlichrechtlichen Körperschaft

Im Gegensatz zur öffentlichen Anstalt wird die öffentlichrechtliche Körperschaft in reiner Ausprägung nicht von einem Gemeinwesen, sondern von ihren Mitgliedern getragen. Sie bestimmen den Körperschaftszweck und diesem entsprechend ihre Rechte und Pflichten als Mitglieder, währenddem der Anstaltszweck vom ausserhalb stehenden Träger gesetzt wird⁶⁰⁾. In der Rechtswirklichkeit finden sich allerdings nur wenige öffentlichrechtliche Körperschaften in der beschriebenen reinen Ausgestaltung. Mit der staatlichen Unterstützung vermindert sich auch ihre Unabhängigkeit⁶¹⁾. Häufiger sind deshalb öffentlichrechtliche Körperschaften, die anstaltliche Merkmale aufweisen, wie umgekehrt Anstalten auch körperschaftliche Elemente enthalten können, indem beispielsweise den Benützern Mitspracherechte bei Entscheidungen über die Art und Weise der Aufgabenerfüllung eingeräumt werden⁶²⁾. Ob man in solchen Fällen von Mischformen sprechen darf, oder ob im Einzelfall die anstaltlichen und die körperschaftlichen Elemente gegeneinander abgewogen werden sollen, ist in der Literatur umstritten⁶³⁾.

bbb) Abgrenzung von der öffentlichrechtlichen Stiftung

Von einigen Autoren wird bestritten, dass zwischen der öffentlichen Anstalt und der öffentlichrechtlichen Stiftung überhaupt ein Unterschied besteht⁶⁴⁾. Nach Riemer findet bei den in der schweizerischen

60 Gygi, Universität, S. 135f.; Schlüter, S. 53; Stähelin, S. 7f.; Ulrich, S. 11.

61 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/II/C.

62 Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/III; Lazzarini, S. 15; Stähelin, S. 11f.; Ulrich, S. 8f.

63 Vgl. dazu Ulrich, S. 12

64 Vgl. Fleiner F., S. 107; Müller P.R., S. 166.

Rechtswirklichkeit existierenden öffentlichrechtlichen Stiftungen keines der in der Literatur genannten Unterscheidungsmerkmale⁶⁵⁾ durchwegs Beachtung⁶⁶⁾. Es ist deshalb im Einzelfall zu ermitteln, worin ein allfälliger Unterschied zu erblicken ist. Häufig dürften rechtlich verselbständigte Zweckvermögen der öffentlichen Hand als öffentlichrechtliche Stiftung bezeichnet werden⁶⁷⁾.

cc) Abgrenzung von den privatrechtlich organisierten Trägern
öffentlicher Verwaltung

Bei diesen teilweise zur mittelbaren Staatsverwaltung gezählten⁶⁸⁾ Erscheinungen handelt es sich um privatrechtliche Rechtssubjekte, die Aufgaben des Gemeinwesens erfüllen. Soweit diese Organisationen von der öffentlichen Hand getragen werden, fallen sie als Bestand von sächlichen und persönlichen Mitteln in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung an sich ebenfalls unter die Anstaltsdefinition von Otto Mayer⁶⁹⁾. Teilweise werden denn auch privatrechtlich organisierte öffentliche Einrichtungen zu den öffentlichen Anstalten gezählt⁷⁰⁾. Eine Mehrheit von Autoren versteht hingegen unter der öffentlichen Anstalt eine spezielle öffentlichrechtliche Organisationsform und zählt privatrechtlich organisierte Träger öffentlicher Verwaltung nicht dazu⁷¹⁾.

65 Vgl. dazu Lazzarini, S. 22ff.; genannt werden in der Literatur etwa folgende Abgrenzungskriterien: Fehlen von äusseren Einrichtungen; Vermögen als wesentliches Element; fehlender Einfluss des Gemeinwesens nach der Errichtung; beschränkter Kreis von Destinatären, währenddem die öffentliche Anstalt einem zahlenmässig unbeschränkten Personenkreis zur Verfügung stehe; Verwaltung der öffentlichrechtlichen Stiftung durch die ordentlichen Behörden.

66 Riemer, Systematischer Teil, N. 483, S. 303f.

67 So auch bei Grisel A., Droit administratif, S. 127; Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/IV; Knapp, droit administratif, N. 1484, S. 334f.

68 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 510; Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/I/b.

69 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/III/A/1/b.

70 Fleiner F., S. 123ff.

71 Keller, S. 21; Lazzarini, S. 27; Püttner, S. 59f.; Schlüter, S. 63ff.; Stähelin, S. 10; Ulrich, S. 9; Weder, S. 2.

2. Die öffentlichrechtliche Körperschaft

a) Begriff⁷²⁾

Oeffentlichrechtliche Körperschaften sind mitgliedschaftlich organisierte juristische Personen des öffentlichen Rechts⁷³⁾, die unter staatlicher Aufsicht selbstbestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrnehmen⁷⁴⁾.

b) Oeffentlichrechtliche Körperschaften als Trägerinnen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen

aa) Oeffentlichrechtliche Korporationen lokalen Charakters

In ländlichen Regionen kommen auf kleine Gebiete beschränkte körperschaftliche Organisationen zur Erfüllung einer den Mitgliedern gemeinsamen Aufgabe relativ häufig vor. Ausser bei den - zum Teil auch privatrechtlich organisierten - Allmendkorporationen, Alpgenossenschaften, Beleuchtungskorporationen, Strassenkorporationen und dergleichen hat die lokale Körperschaft des öffentlichen Rechts in der Ostschweiz auch als Trägerin von Versorgungsbetrieben (Elektrizität, Gas, Wasser) und von Einrichtungen der Entsorgung eine gewisse Bedeutung erlangt⁷⁵⁾. Diese körperschaftlich organisierten öffentlichen Einrichtungen haben sich jedoch einer starken Kommunalisierungstendenz zu erwehren⁷⁶⁾. Die Gründe dafür liegen im Hang

72 Siehe dazu die Arbeit von Gottlieb.

73 Zur Unterscheidung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/II/A/2/a.

74 Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 491; Gygi, Universität, S. 135f.; Lazzarini, S. 13; Merz, S. 1ff.; Niederberger, S. 19ff.

75 Hug, S. 142; Lang, S. 441; Müller P.R., S. 167; Beispiele bei Merz, S. 218f. u. 221, bei Niederberger, S. 85ff.; vgl. auch BGE 76 II 103 ff.

76 Vgl. Merz, S. 173 u. 219.

zur Konzentration der Kräfte, bedingt durch die Zunahme der Gemeindefaufgaben und durch die Notwendigkeit der effizienten und umweltgerechten Nutzung der Ressourcen. Die Korporation, bei der die Mitglieder zugleich auch Leistungsbezüger sind, ist aber auf kleine, überschaubare Verhältnisse ausgerichtet⁷⁷⁾.

bb) Zweckverbände

aaa) Begriff

Unter einem Zweckverband wird in der Schweiz im allgemeinen der Zusammenschluss grundsätzlich selbständig bleibender Gemeinden zu einer öffentlichrechtlichen Körperschaft⁷⁸⁾ zwecks Erfüllung einzelner bestimmter Aufgaben verstanden⁷⁹⁾.

Die Erhaltung der Autonomie der beteiligten Gemeinden grenzt die Bildung von Zweckverbänden von der Eingemeindung ab⁽⁸⁰⁾. Die in wenigen Kantonen vorkommenden Regionalverbände mit eigener Rechtspersönlichkeit (Bezirke in den Kantonen Graubünden und Schwyz) unterscheiden sich insofern von den Zweckverbänden, als es sich bei ihnen um Gebietskörperschaften mit gesetzlich zugewiesenen Obliegenheiten handelt⁽⁸¹⁾, währenddem dem Zweckverband einzelne bestimmte Aufgaben aus dem Kompetenzbereich der Gemeinden⁽⁸²⁾ übertragen werden. Als Mitglieder von Zweckverbänden kommen sämtliche Gemeindearten in Frage⁽⁸³⁾. Ob sich auch andere juristische Personen

77 Lang, S. 448ff.

78 Öffentlichrechtliche Gemeindeverbindungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit werden von Stutz, S. 36 u. 57, als kommunale Zweckverbände im weiteren Sinn bezeichnet.

79 Vgl. Grüter, S. 59; Hendry, S. 62; Müller Alfred, Rechtsträger für regionale Aufgaben, Zürcher Diss. 1966, S. 20; Schellenberg, S. 10; Stutz, S. 35 u. 38.

80 Stutz, S. 29ff.; zum Problem der Aushöhlung der Autonomie durch sogenannte Mehrzweckverbände siehe Schellenberg, S. 36/37.

81 Grüter, S. 44.

82 Dazu gehören nach der Auffassung von Schellenberg, S. 34, auch Aufgaben regionaler Natur, soweit sie nicht vom Kanton erfüllt werden.

83 Hendry, S. 64; Schellenberg, S. 23f.; zur Frage der Beteiligung von Gemeinden aus verschiedenen Kantonen siehe Schellenberg, S. 25f.

beteiligen können, ist eine Frage des betreffenden kantonalen Rechts⁸⁴). Dieses schliesst die Mitgliedschaft privatrechtlicher Rechtssubjekte in der Regel aus⁸⁵).

bbb) Zweckverbände als Träger anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen

Die gleichen Gründe, die zur Zurückdrängung der örtlichen Korporation geführt haben⁸⁶), sprechen zugunsten der Trägerschaft öffentlicher Einrichtungen durch kommunale Zweckverbände. Anders als bei den öffentlichrechtlichen Körperschaften lokaler Natur sind bei den Zweckverbänden die Mitglieder der Trägerorganisation und die unmittelbaren Leistungsbezüger nicht identisch.

Recht häufig werden Erschliessungsanlagen, aber auch Beratungsstellen, Schulen und Spitäler von kommunalen Zweckverbänden getragen⁸⁷).

3. Die öffentlichrechtliche Stiftung und der öffentlichrechtliche Fonds

Eine Mehrheit von Autoren führt neben den öffentlichen Anstalten und den öffentlichrechtlichen Körperschaften die Stiftungen und die Fonds des öffentlichen Rechts⁸⁸) als eigenständige Kategorien der öffentlichrechtlichen Organisationsformen mittelbarer Staatsverwaltung auf⁸⁹).

84 Vgl. dazu Grüter, S. 114f.; Hendry, S. 64ff.; Schellenberg, S. 25f.

85 Grüter, S. 115; Schellenberg, S. 28f.

86 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/III/A/2/b/aa.

87 Siehe Beispiele bei Grüter, S. 58 u. 205ff. sowie bei Schellenberg, S. 37ff.

88 Bezüglich der Zuordnung einer Stiftung zum öffentlichen Recht oder zum Bundeszivilrecht (Art. 80ff. ZGB) kommen nach Riemer, Systematischer Teil, N. 467, S. 295, in der Praxis nur vereinzelt echte Zweifelsfälle vor.

89 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 506; Grisel A., Droit administratif, S. 127; Imboden/Rhinow, Nr. 137/B/IV.

Es wurde schon festgehalten, dass es offenbar kein allgemein gültiges Kriterium gibt, welches die in der Rechtswirklichkeit als öffentlichrechtliche Stiftung bezeichneten Organisationen von der öffentlichen Anstalt abgrenzt⁹⁰⁾.

Häufig gewähren öffentlichrechtliche Stiftungen unter bestimmten Voraussetzungen Geldbeiträge⁹¹⁾. Als Organisationsform für staatliche Institutionen, welche Sach- oder Dienstleistungen anbieten, kommen sie gelegentlich in nicht-wirtschaftlichen Bereichen vor. Ein Beispiel ist die öffentlichrechtliche Stiftung "Bürgerspital der Stadt Solothurn"⁹²⁾.

Bei den Fonds des öffentlichen Rechts handelt es sich um von Privaten oder von Gemeinwesen gespiesene, nach Regeln des öffentlichen Rechts verwaltete Vermögen, die einem bestimmten öffentlichen Zweck gewidmet sind, keine Rechtspersönlichkeit aufweisen, aber vom allgemeinen Staatsvermögen getrennt sind⁹³⁾.

Aus öffentlichrechtlichen Fonds werden in aller Regel finanzielle Leistungen zu bestimmten Zwecken vergeben⁹⁴⁾. Als Trägerorganisationen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen im Sinne der vorliegenden Arbeit dürften sie kaum vorkommen.

90 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/III/A/1/b/bb/bbb.

91 Dies gilt beispielsweise für die Stiftung "Pro Helvetia" (vgl. BG über die Stiftung "Pro Helvetia" vom 17. Dez. 1965, SR 447.1).

92 Vgl. zur Rechtsnatur dieser Stiftung Entscheid des Solothurner Regierungsrates vom 12. Juni 1943, in: ZBl 45/1944, S. 130ff.

93 Vgl. Knapp, droit administratif, N. 1486f., S. 335.

94 Beispiel aus der Stadt Zürich: "Hausfonds zur Unterstützung von Pensionären im Bürgerasyl" (vgl. das Reglement in BS I, 724f.).

B) Privatrechtliche Organisationsformen⁹⁵⁾

Bei den privatrechtlich organisierten Einrichtungen sind diejenigen mit gemischter Trägerschaft häufiger als die rein öffentlichen. Als privatrechtliche Träger(innen) staatlicher Einrichtungen kommen in der Praxis vor der Verein (Art. 60ff. ZGB), die Stiftung (Art. 80ff. ZGB), die Aktiengesellschaft (Art. 620ff. OR) und die Genossenschaft (Art. 828ff. OR). Daneben schliessen sich Gemeinden zur gemeinsamen Führung von Leistungseinrichtungen auch zu einfachen Gesellschaften im Sinne von Art. 530ff. OR zusammen.

1. Der Verein

Der Verein findet sich nur als Träger von nicht-wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen (Art. 59 Abs. 2, 60 Abs. 1 ZGB). Von Vereinen geführt werden gemeinsame Institutionen mehrerer Gemeinden in den Bereichen Erziehung⁹⁶⁾, Fürsorge⁹⁷⁾ und Gesundheitswesen⁹⁸⁾.

2. Die Stiftung

Die Stiftung kommt wie der Verein nur als Trägerorganisation nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Einrichtungen vor und zwar in den

95 Die im folgenden genannten Beispiele wurden entnommen von Hünervadel, S. 35, Müller P.R., S. 172ff., Schürmann, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, S. 130a und vor allem von Grüter, S. 26ff. Leider unterscheidet der letztgenannte Autor bei seinen Beispielen für Gemeindeverbindungen auf privatrechtlicher Grundlage nicht zwischen rein öffentlichen Einrichtungen und solchen mit gemischter Trägerschaft, weshalb es sich bei einigen Beispielen auch um Einrichtungen mit gemischter Trägerschaft bzw. um gemischtwirtschaftliche Unternehmungen handeln kann.

96 Beispiel: Heilpädagogische Hilfsschule für entwicklungsgehemmte Kinder, Romanshorn (TG).

97 Beispiele: Aargauische Pflegeanstalt in Muri; Fürsorgestelle für Alkoholgefährdete im Bezirk Bülach (ZH).

98 Beispiele: Bezirksspital Huttwil (BE); Schweizerische Anstalt für Epileptische Zürich.

Bereichen Gesundheitswesen⁹⁹⁾, Fürsorge¹⁰⁰⁾ und Kultur¹⁰¹⁾.

3. Die Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft ist die typische Organisationsform für staatliche Institutionen in einem Lebensbereich der Wirtschaft, also für sogenannte öffentliche Unternehmungen¹⁰²⁾. Aktiengesellschaften mit ausschliesslich öffentlichrechtlichen Rechtssubjekten als Aktionären betätigen sich namentlich in der Energieversorgung¹⁰³⁾ und im Transportwesen¹⁰⁴⁾. Selten dürfte die Aktiengesellschaft Trägerin nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Einrichtungen sein¹⁰⁵⁾.

4. Die Genossenschaft

Die Genossenschaft wird etwa als Organisationsform öffentlicher Versorgungs-¹⁰⁶⁾ und Verkehrsunternehmungen¹⁰⁷⁾ gewählt. Sie kann aber auch Trägerin nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Einrichtungen sein¹⁰⁸⁾.

99 Beispiel: Kreisspital Männedorf (ZH).

100 Beispiel: Alterssiedlung Grenchen (SO).

101 Beispiele: Aargauische Kulturstiftung "Pro Argovia"; Zentralbibliothek Zürich (vgl. BS II, 270; es handelt sich trotz der missverständlichen Bezeichnung "öffentliche Stiftung" um eine Stiftung im Sinne von Art. 80ff. ZGB; Riemer, Systematischer Teil, N. 493, S. 308 u. N. 473, S. 297).

102 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2/I.

103 Beispiele: Bernische Kraftwerke AG; St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke; Nordostschweizerische Kraftwerke; Gasversorgung Mittelland AG.

104 Beispiele: Busbetrieb Aarau; Zugerland Verkehrsbetriebe; Rätische Bahn.

105 Bei den von Grüter, S. 30, genannten Neue Schauspiel AG (Zürich) und Theater am Neumarkt AG (Zürich) handelt es sich um Einrichtungen mit gemischter Trägerschaft (vgl. BS II, 260ff. u. 264ff.).

106 Beispiele: Elektra Biseck, Münchenstein (BL); Elektra Ehrendingen (SO); Elektrizitätsgesellschaft Schönenwerd (SO).

107 Beispiel: Autokurs Grenchen und Umgebung.

108 Beispiele: Erziehungs- und Pflegeheim für geistesschwache Kinder Burgdorf (BE); Kunstgenossenschaft Olten (SO); bei dem von Grüter auch genannten Theater St. Gallen handelt es sich um eine Genossenschaft, an der "Körperschaften des öffentlichen Rechts... ein öffentliches Interesse besitzen" im Sinne von Art. 926 Abs. 1 OR, in deren Verwaltung die Stadt vertreten ist (Müller P.R., S. 189).

5. Die einfache Gesellschaft

Nach Grüter wird die Organisationsform der einfachen Gesellschaft in der Praxis interkommunaler Zusammenarbeit nicht nur als Vorstufe der Bildung eines rechtsfähigen Zweckverbandes herangezogen, sondern findet sich auch für die Verfolgung längerfristiger Zwecke¹⁰⁹⁾. Eine öffentliche Einrichtung, die einer als einfache Gesellschaft ausgestalteten Gemeindeverbindung zugehörig ist, kann freilich ihrerseits öffentlichrechtlich organisiert sein¹¹⁰⁾.

109 Grüter, S. 28f.

110 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/II/B.

§ 4 Andere Formen staatlicher Mitwirkung bei der Vergabe von Leistungen

Der Staat beschränkt seine Betätigung im Leistungsbereich bei weitem nicht darauf, dass er als Träger öffentlicher Einrichtungen auftritt: Die Einrichtungen mit gemischter Trägerschaft wurden bereits erwähnt¹⁾. Daneben sichert sich das Gemeinwesen auf verschiedenste Weise Einflussmöglichkeiten auf die Erbringung von Sach- und Dienstleistungen durch private Rechtssubjekte. Dies geschieht namentlich durch die Subventionierung²⁾, durch die Verleihung von Monopol³⁾ und Sondernutzungskonzessionen⁴⁾ und von Konzessionen des öffentlichen Dienstes⁵⁾ sowie durch die Beleihung⁶⁾. Auch gibt es mannigfache Rechtsbeziehungen privatrechtlicher Natur zwischen privaten Leistungsanbietern und dem Staat⁷⁾.

Wie bei den Einrichtungen mit gemischter Trägerschaft stellt sich auch bei all den andern genannten Verflechtungen die Frage, inwiefern die staatliche Teilnahme eine Verpflichtung der betreffenden Privatrechtssubjekte begründet, ihre Leistungstätigkeit auf verfassungsrechtliche Grundsätze auszurichten.

1 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2/II/A.

2 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 155.

3 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 138.

4 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 119.

5 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 157.

6 Als Beliehene werden jene natürlichen oder juristischen Personen bezeichnet, denen zwecks Erfüllung öffentlicher Aufgaben das Recht verliehen wird, bestimmte einzelne hoheitliche Zuständigkeit wahrzunehmen. Private, die als Subventionsempfänger oder Konzessionäre Tätigkeiten ausüben, die im Gemeinwohlinteresse liegen, können, müssen aber nicht zugleich Beliehene sein (vgl. Müller P.R., S. 199ff.; Wolff/Bachof, Bd. II, S. 452ff.).

7 Z.B. Verpachtung einer der Gemeinde gehörenden Gaststätte an Private.

2. KAPITEL

ANSTÄLTICH GENUTZTE ÖFFENTLICHE EINRICHTUNGEN UND VERFASSUNGSRECHT

1. TEIL:

RECHTSNATUR DES BENÜTZUNGSVERHÄLTNISSES UND VERFASSUNGS- BINDUNG

Es braucht nicht näher erörtert zu werden, dass Setzung und Anwendung öffentlichrechtlicher Benützungsordnungen von staatlichen Leistungseinrichtungen den Anforderungen des Verfassungsrechts genügen müssen. Zu untersuchen ist hingegen die diesbezügliche Rechtslage, wenn zwischen einer öffentlichen Einrichtung und den Leistungsempfängern privatrechtliche Beziehungen bestehen. Das Problem der Verfassungsbindung des in privatrechtlichen Formen handelnden Gemeinwesens ist freilich für den Bereich staatlich getragener Leistungseinrichtungen nur von begrenzter praktischer Bedeutung. Die überwiegende Mehrzahl jener Institutionen, deren Leistungsvergabe in der Praxis Anlass zu Rechtsstreitigkeiten gibt, weist nämlich öffentlichrechtliche Nutzungsordnungen auf¹⁾. Dies gilt namentlich für öffentliche Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen, aber auch immer mehr für Erschliessungsanlagen sowie Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege. Immerhin dürften in fast allen der genannten Bereiche auch privatrechtlich agierende Institutionen des Gemeinwesens vorkommen. Es sei auf die früher genannten Beispiele öffentlicher Einrichtungen mit privatrechtlicher Organisationsform hingewiesen²⁾. Diese bedienen sich regelmässig auch privatrechtlicher Handlungsformen.

1 In diesem Sinne auch Saladin, Grundrechtsprobleme, S. 66, wonach ein sehr wesentlicher Teil der Leistungsverwaltung in öffentlichrechtlichen Handlungsformen betrieben werde.

2 Siehe vorne, unter Kap. I/§ 3/III/B.

§ 1 Rechtsnatur des Benütungsverhältnisses

I. Wahl durch den Einrichtungsträger

Nach herrschender Auffassung können öffentliche Einrichtungen nicht nur privat- oder öffentlichrechtlich organisiert sein, sondern auch ihre Beziehungen zu den Benützern dem einen oder dem andern Rechtskreis zuordnen³⁾. Freilich sind sogleich Vorbehalte zu machen: Inwiefern die Wahl der Handlungsform die Rechtsstellung des Bürgers als Zulassungsbewerber oder als Leistungsempfänger beeinflusst, bedarf zusätzlicher Erörterungen⁴⁾. Wenn von einem öffentlichrechtlichen oder einem privatrechtlichen Benütungsverhältnis die Rede ist, bleiben die daran geknüpften Rechtsfolgen noch offen. Teilweise wird zudem innerhalb des als Oberbegriff verwendeten Benütungsverhältnisses zwischen der Rechtsbeziehung des Zulassungsbewerbers und jener des zugelassenen Leistungsempfängers zur öffentlichen Einrichtung unterschieden, wobei das erste Verhältnis dem öffentlichen Recht zugehören kann, ohne dass dies notwendig auch für das zweite der Fall sein muss⁵⁾. Wenn im folgenden von der Rechtsnatur des Benütungsverhältnisses die Rede ist, so ist damit zunächst einmal einfach die Handlungsform gemeint, der sich die Leistungseinrichtung bei der unmittelbaren Aufgabenerfüllung bedient⁶⁾.

Der Träger einer öffentlichen Einrichtung ist bei der Gestaltung des Benütungsverhältnisses nicht völlig frei. Die Heranziehung des Privatrechts ist nur zulässig, wenn sie nicht durch das öffentliche Recht ausgeschlossen ist⁷⁾. Namentlich muss es sich um

3 Grisel A., Droit administratif, S. 51f., 118ff.; Gross, S. 68f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen; Imboden/Rhinow, Nr. 139; Knapp, droit administratif, N. 1494, S. 336; ders., service public, S. 738; Püttner, S. 138f.; Wolff/Bachof, Bd. II, S. 398ff.

4 Vgl. Gross, S. 114ff.

5 Vgl. Müller P.R., S. 218f.

6 Auch Gross (S. 68f.) und Ossenbühl (S. 541) sprechen von privat- oder öffentlichrechtlichen Handlungsformen staatlicher Einrichtungen.

7 Grisel A., Droit administratif, S. 51; Gross, S. 68; Püttner, S. 138; Wolff/Bachof, Bd. II, S. 399.

Rechtsbeziehungen handeln, die einer privatrechtlichen Ausgestaltung zugänglich sind. Dies ist beispielsweise nicht der Fall für die Regelung von Zwangsbeziehungen⁸⁾, wie etwa der Kanalisationsanschlusspflicht⁹⁾. Das gleiche gilt dort, wo die Leistungsvergabe durch das öffentliche Recht umfassend geregelt ist, wie etwa in weiten Bereichen des staatlichen Schulwesens. Umgekehrt steht die privatrechtliche Organisationsform einer öffentlichen Einrichtung nach vorherrschender Meinung der öffentlichrechtlichen Gestaltung des Benützungsverhältnisses entgegen¹⁰⁾.

II. Zuordnung des Benützungsverhältnisses bei Fehlen einer klaren Regelung

Häufig lassen die anwendbaren Benützungsordnungen offen, ob die Abwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen der Einrichtung und dem Bürger nach öffentlichem oder privatem Recht geschieht. Darüber ist dann aufgrund einer Gesamtwürdigung der Verhältnisse zu entscheiden¹¹⁾. Als in Betracht zu ziehende Handlungsformen stehen dabei die Verfügungsmässige öffentlichrechtliche und die vertraglich privatrechtliche im Vordergrund.

8 Vgl. Püttner, S. 138, wonach häufig die Möglichkeit bleibt, bei der Abwicklung von Zwangsverhältnissen wieder auf das Privatrecht zurückzugreifen.

9 Art. 18 Abs. 1 GSchG.

10 Püttner, S. 328; Salzwedel, S. 380f.; a.M. Ossenbühl, S. 541f.; nach der Auffassung von Saladin, Grundrechtsprobleme, S. 64ff. u. 81, ist öffentlichrechtliches Handeln privatrechtlicher Rechtssubjekte nicht ausgeschlossen; siehe auch Imboden/Rhinow, Nr. 139/B/I/b, wonach (nur) ein Hoheitsakt das Benützungsverhältnis dem öffentlichen Recht unterstellen könne, wenn die Beteiligten Subjekte des Privatrechts seien (beim dort zitierten BGE 93 I 232ff. ging es allerdings um ein Rechtsverhältnis, an dem keine anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtung im Sinne dieser Arbeit (dazu vorne, unter Kap. 1) beteiligt war).

11 Imboden/Rhinow, Nr. 139/B/I; Püttner, S. 330; BGE 105 II 236f. E. 2.

Ist eine rechtsgeschäftliche Gestaltung anzunehmen, so liegt die Heranziehung des Privatrechts nahe. Der verwaltungsrechtliche Vertrag drängt sich bei Massenleistungsverhältnissen nicht auf¹²⁾. Ein Zuordnungskriterium ist, ob die öffentliche Einrichtung Gemeinwohlzwecke verfolgt, im Vergleich zu denen die Gewinnerzielungsabsicht eine untergeordnete Rolle spielt¹³⁾. Von Bedeutung ist sodann die Ausgestaltung der Benützungsordnung: Für ein öffentlichrechtliches Benützungsverhältnis spricht es, wenn diese in Erlassform geregelt ist, wobei Änderungen ohne weiteres auf schon bestehende Beziehungen zur Anwendung gelangen¹⁴⁾. Nicht überzubewerten ist m.E. allerdings das Fehlen von Raum für eine freie rechtsgeschäftliche Festlegung der Benützungsbedingungen¹⁵⁾. Die Möglichkeit, den Vertragsinhalt auszuhandeln, ist auch in Massenleistungsverhältnissen ohne Beteiligung des Staates häufig theoretischer Natur¹⁶⁾. Umgekehrt spricht es nicht gegen die öffentlichrechtliche Natur eines Benützungsverhältnisses, wenn für Fälle, die von der Normalbenutzung abweichen, besondere Vereinbarungen zwischen Einrichtung und Leistungsempfänger vorgesehen sind¹⁷⁾.

12 Vgl. Imboden, S. 203, wonach sich bei den öffentlichen Versorgungsbetrieben praktisch nur die Alternative zwischen verfügbarmässiger-öffentlichrechtlicher Gestaltung und vertraglich-privatrechtlicher Ordnung stelle.

13 Imboden/Rhinow, Nr. 139/B/I/a; BGE 105 II 236 E. 2.

14 Imboden/Rhinow, Nr. 139/B/I/d; BGE 105 II 236f. E. 2; AGVE 1972, S. 503.

15 Vgl. jedoch Imboden/Rhinow, Nr. 139/B/I/d; BGE 105 II 236f. E. 2.

16 Püttner weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch privatrechtliche allgemeine Geschäftsbedingungen die Kunden nicht selten wie Untergebene behandeln (S. 330).

17 Vgl. Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 42 zu § 1; so jetzt auch BGE 105 II 238f. Ist das Normalbenützungsverhältnis als öffentlichrechtlich zu qualifizieren, so stellen Sondervereinbarungen zwischen der betreffenden Einrichtung und bestimmten Benützern wohl verwaltungsrechtliche Verträge dar.

§ 2 Privatrechtliches Benützungsverhältnis und Verfassungsbindung

Es entspricht heute vorherrschender Auffassung, dass der Staat das Verfassungsrecht auch dann zu achten hat, wenn er sich in den Formen des Privatrechts betätigt¹⁾. Verschiedene Meinungen bestehen darüber, ob dies für sämtliches Handeln des Gemeinwesens in Privatrechtsform gilt²⁾. Zutreffend ist m.E. jene Auffassung, wonach der Staat in jedem Tätigkeitsbereich der Verfassung untersteht, wobei sich dies jedoch je nach der Natur der konkreten Rechtsbeziehung in unterschiedlicher Weise auswirkt³⁾. Die Ausstrahlung der Verfassungsbindung ist beispielsweise bei der administrativen Hilfstätigkeit und bei der Verwaltung des Finanzvermögens⁴⁾ nicht die gleiche, wie bei der hier interessierenden Aufgabenerfüllung durch öffentliche Leistungseinrichtungen. Fest steht jedenfalls, dass Geltung und Tragweite verfassungsrechtlicher Normen nicht von der - in einem gewissen Rahmen wählbaren -⁵⁾ Form staatlichen Handelns abhängig sein können⁶⁾. Die je nach Art der Tätigkeit unterschiedliche Intensität der verfassungsrechtlichen Bindung staatlicher Organe⁷⁾ ist eine Erscheinung, welche unabhängig von der Rechtsform des Agierens besteht.

1 Siehe Bachof Otto, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12/1954, S. 61f.; Grisel A., Droit administratif, S. 51; Gross, S. 71, 112; Imboden/Rhinow, Nr. 47/B/II; Müller G., Reservate, S. 118f.; Müller P.R., S. 353ff.; Saladin, Grundrechte, S. 321f.; einen umfassenden Ueberblick über deutsche und schweizerische Lehrmeinungen vermittelt Müller P.R., S. 313ff.

2 Vgl. dazu Gross, S. 112ff. m.w.H.

3 In diesem Sinne auch Gross, S. 112ff.; Saladin, Grundrechte, S. 321; ders., Grundrechtsprobleme, S. 72ff.

4 Vgl. dazu Imboden/Rhinow, Nr. 47/B/II.

5 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/I u. Kap. 2/§ 1/I.

6 Vgl. Bachof. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, (a.a.O., Fn. 1): "Nicht das Mittel, nicht die Form, sondern die Aufgabe und das Ziel des Verwaltungshandelns sind das die öffentliche Verwaltung Charakterisierende, und man kann daher den grundrechtlichen Schutz des Einzelnen nicht von einem im Grunde nebensächlichen und zudem weithin willkürlich beeinflussbaren Umstände abhängig machen."

7 Vgl. Müller G., Reservate, S. 122.

Was das Zulassungswesen staatlicher Leistungseinrichtungen betrifft, so ist die Beachtlichkeit von diesbezüglich bedeutsamen Verfassungsvorschriften, etwa des Rechtsgleichheitsgebotes, selbstverständlich⁸⁾. Es ist kennzeichnend, dass sich in den einschlägigen Entscheiden kaum Erörterungen über die Rechtsnatur des jeweiligen Benützungsverhältnisses finden⁹⁾. Die gleichen Bindungen wie bei der Zulassung müssen aber auch für die Verweigerung von einmal gewährten Leistungen gelten. Insofern wird eine strikte Zweiteilung der Rechtsbeziehungen in eine öffentlichrechtliche Zulassung und ein rein privatrechtliches Leistungsverhältnis¹⁰⁾ der Rechtslage nicht voll gerecht.

Der St. Galler Regierungsrat ordnete die Aufhebung einer Stromsperre an, welche ein Gemeindeelektrizitätswerk gegenüber einem Hauseigentümer zwecks Eintreibung von Stromrechnungen eines Mieters verfügt hatte. Er stützte seinen Entscheid auf die seines Erachtens aus dem Gleichbehandlungsgebot folgende Lieferungs- pflicht des öffentlichen Werkes, obwohl er das Benützungsverhältnis als solches für privatrechtlich hielt(11). Das Berner Obergericht erklärte zwar für eine Schadenersatzklage gegen eine Gemeinde wegen einer Stromsperre den Zivilrichter für zuständig, weil derartige Begehren nach bernischem Recht privatrechtlicher Natur sind. Im Entscheid wurde aber ausdrücklich festgehalten, dass der Zivilrichter vorfrageweise in Anwendung des Verwaltungsrechts prüfen könne, ob die Stromsperre zu Recht erfolgt sei, und dies, obschon das Gericht das Verhältnis zwischen Gemeindewerk und Strombenützern dem Bundeszivilrecht zuordnete(12).

8 So Wolff/Bachof, Bd. I, S. 109, betr. Zulassung zu gemeindlichen Anstalten; vgl. auch Imboden/Rhinow, Nr. 140/B/II, wo im Zusammenhang mit der Frage nach dem Bestand von Ansprüchen auf die Benützung öffentlicher Einrichtungen auf die Rechtsnatur des Benützungsverhältnisses nicht weiter eingegangen wird; die gleiche Feststellung gilt für Knapp, droit administratif, S. 336ff.

9 Vgl. BGE 92 I 509ff. E. 2 u. 376 E. 4 betreffend Anschluss an öffentliche Erschliessungsanlagen sowie dazu Müller P.R., S. 339f.; Saladin, Grundrechte, S. 322; siehe auch BGE 101 Ib 308ff. E. 2: Ueberprüfbarkeit der Weigerung der als AG im Sinne des OR organisierten Käseunion, mit einem Grossisten einen privatrechtlichen Rahmenvertrag abzuschliessen.

10 Vgl. Müller P.R., S. 218f.

11 Entscheid des St. Galler Regierungsrates vom 9. Apr. 1968, in: SGGVP 1968 Nr. 85, S. 200ff.

12 Entscheid des Berner Obergerichts vom 6. Okt. 1970, in: ZBJV 109/1973, S. 325ff.

Die Ueberlagerung eines privatrechtlichen Verhältnisses zwischen Bürger und Staat durch Normen des öffentlichen Rechts wird mit dem Begriff des Verwaltungsprivatrechts¹³⁾ umschrieben. Damit bringt man zum Ausdruck, dass der privatrechtlich handelnde Staat nicht im Vollgenuss der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie steht, sondern öffentlichrechtlichen, namentlich auch verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt¹⁴⁾. Das Vorliegen einer privatrechtlichen Beziehung bleibt indessen überall dort von Bedeutung, wo die Anwendung der einschlägigen Privatrechtsregeln nicht in Konflikt mit der Verfassungsbindung des Gemeinwesens gerät. Dies ist bei verschiedenen Fragen der Fall, die sich im Zuge der Abwicklung des Benütznungsverhältnisses stellen können. Sie sind, wenn die öffentliche Einrichtung ihre Leistung in privatrechtlicher Form erbringt, nach den entsprechenden Privatrechtsnormen durch die zuständigen Zivilgerichte zu entscheiden¹⁵⁾.

Bei privatrechtlichem Benütznungsverhältnis haften die Parteien für Vertragsverletzungen nach dem Obligationenrecht¹⁶⁾. Bei Vorliegen einer öffentlichrechtlichen Beziehung ist das Gemeinwesen (nur) nach Massgabe des anwendbaren Verantwortlichkeitsgesetzes belangbar¹⁷⁾, und Verpflichtungen des Benützers, beispielsweise zur Bezahlung von Verzugszinsen, müssen in einem Erlass des öffentlichen Rechts verankert sein¹⁸⁾. Die Haftung des Staates und seiner Funktionäre für ausservertragliche Schädigungen richtet sich nach dem privaten oder öffentlichen Recht, je nachdem, ob die Tätigkeit der

13 Ausführlich dazu Wolff/Bachof, Bd. I, S. 108ff.; auch Grisel A. verwendet im Zusammenhang mit der Verfassungsbindung des privatrechtlich handelnden Gemeinwesens diesen Ausdruck (Grisel A., *Droit administratif*, S. 52).

14 Wolff/Bachof, Bd. I, S. 108.

15 Vgl. Püttner, S. 350, wonach sich der Leistungsaustausch bei zweistufigen Verhältnissen nach den Regeln des Privatrechts vollziehe.

16 Imboden/Rhinow, Nr. 139/B/II/c; Keller, S. 64; BGE 76 II 103ff.: Annahme eines privatrechtlichen Verhältnisses zwischen Gemeindeelektrizitätswerk und Benützern (E. 2 - 4), Anwendung der Kaufregeln auf den Energielieferungsvertrag (E. 5); siehe auch Entscheid des Einzelrichters für Zivilsachen des Bezirkes Zürich vom 16. März 1978, in: ZBl 79/1978, S. 496ff.

17 Vgl. BGE 102 II 45ff. betreffend Haftung des Kantons für einen Narkoseunfall am Kantonsspital.

18 Vgl. Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 6. Dez. 1979, in: ZBl 81/1980, S. 181f.: Die Rechtsbeziehungen zwischen den kantonal-zürcherischen Krankenanstalten und den Patienten unterstehen dem öffentlichen Recht. Verzugszinsen wegen verspäteter Zahlung der Spitaltaxen müssten in der Taxordnung vorgesehen sein.

betreffenden Leistungseinrichtung als hoheitlich oder nicht hoheitlich zu qualifizieren ist¹⁹⁾.

Zu prüfen bleibt, ob und in welchem Verfahren die Beachtung der öffentlichrechtlichen Bindungen erwirkt werden kann. Darauf ist im Zusammenhang mit der verfahrensrechtlichen Durchsetzung verfassungsrechtlicher Anforderungen an das Zulassungswesen öffentlicher Einrichtungen zurückzukommen²⁰⁾.

Aus gesetzgebungspolitischer Sicht ist die Wahl öffentlichrechtlicher Handlungsformen dort zu bevorzugen, wo sich aus der Natur der vermittelten Leistung eine erhebliche Ausstrahlung verfassungsrechtlicher Normen auf das Benützungsverhältnis ergibt. Je intensiver die Leistungsvergabe einer öffentlichen Einrichtung von Verfassungsgarantien mitgeprägt wird, desto mehr wird die privatrechtliche Handlungsform zur blossen Attrappe. Dazu kommen die noch zu erörternden Unsicherheiten hinsichtlich des einzuschlagenden Rechtsweges²¹⁾. Infolge des fortschreitenden Ausbaues der Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen verliert gerade das Argument mehr und mehr an Gewicht, die privatrechtliche Handlungsform komme dem Rechtsschutz der Benutzer entgegen²²⁾. Dass diesen Gesichtspunkten

19 Vgl. betreffend die Belangbarkeit der Funktionäre Art. 61 OR; für die vorzunehmende Qualifikation der Tätigkeit kann es gemäss Oser/Schönenberger und Saladin nicht darauf ankommen, ob das Verhältnis der Einrichtung zu ihren Benützern öffentlichrechtlich geregelt ist oder auf privatem Vertrag beruht (Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar zu Art. 1 - 183 OR, Zürich 1929, N. 13 zu Art. 61; Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 322, Anm. 37). Ähnlich äussert sich auch das Bundesgericht, wenn es festhält, die Frage der Hoheitlichkeit einer Staatstätigkeit entscheide sich nach Bundesrecht (BGE 101 II 185 E. 2b). Die erwähnten Ausführungen laufen darauf hinaus, dass das Gemeinwesen das anwendbare Recht für die Haftung seiner Einrichtungen aus ausservertraglicher Schädigung nicht durch die Wahl der Handlungsform bestimmen kann. Vgl. zu dieser Frage auch Imboden/Rhinow, Nr. 101/B/V/a u. b u. 139/B/II/c.

20 Siehe dazu hinten, unter Kap. 3/§ 7.

21 Siehe dazu hinten, unter Kap. 3/§ 7.

22 Dies berücksichtigt auch die Rechtsprechung, wenn es um die Zuordnung von Benützungsverhältnissen bei Schweigen des Gesetzgebers geht (vgl. BGE 105 II 240).

- jedenfalls in der Schweiz - Rechnung getragen wird, so dass privatrechtlich handelnde öffentliche Einrichtungen in Tätigkeitsbereichen mit enger Verfassungsbindung eher die Ausnahme sind, wurde bereits erwähnt²³⁾.

23 Siehe vorne, Kap. 2, Einleitung vor § 1. Imboden, der schon 1958 eine klare Tendenz zum öffentlichrechtlichen Nutzungsverhältnis erkannte, führte dies allerdings vorab auf das allgemeine Streben nach der Typisierung von Massenleistungsverhältnissen zurück (Imboden, S. 203).

2. TEIL:

DAS VERFASSUNGSRECHT ANSTÄLTICH GENUTZTER ÖFFENTLICHER EINRICHTUNGEN

1. ABSCHNITT:

VERFASSUNGSMÄSSIGE RECHTE

§ 3 Sozialrechte

Die Bedeutung von Sozialrechten für die Frage der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen liegt auf der Hand: Verfassungsrechtliche Garantien, Anweisungen, Programmsätze und dergleichen, welche sich auf einen Bereich staatlicher Leistungstätigkeit beziehen, können die Rechtsstellung des Bewerbers um den Zugang zu entsprechenden Institutionen beeinflussen. Im günstigsten Fall begründen sie einen eigentlichen Anspruch auf Zulassung.

I. Problematik von Sozialrechten

In Politik und Staatsrechtslehre besteht keine Einigkeit darüber, ob und wie die sozialgestaltende Tätigkeit des Staates verfassungsrechtlich verbürgt werden soll. Bei der Diskussion um die Sozialrechte spielt das Vorbild der traditionellen verfassungsmässigen Freiheitsrechte eine wichtige Rolle.

Die Tatsache, dass Sozialrechte unabhängig von der Art ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung in einen gewissen Gegensatz zu bestimmten Freiheitsgarantien geraten¹⁾, stellt keinen Grund dar, auf sie zu verzichten²⁾. Spannungsverhältnisse zwischen Freiheits-

1 Hesse, Grundrechte, S. 434; Scheuner, S. 513; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 379f. m.w.H.

2 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 5; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 379ff.

rechten und Gemeinwohlanliegen sind nichts Aussergewöhnliches. Ihre Auflösung ist anlässlich der Konkretisierung beider Verfassungsgüter durch die zuständigen Organe vorzunehmen³⁾. Zu einem Abbau des Gegensatzes zwischen Freiheits- und Sozialrechten führt zudem die Tatsache, dass auch die Freiheitsrechte Verpflichtungen des Staates zu gewährender Tätigkeit begründen können⁴⁾. Im übrigen besteht Einigkeit darüber, dass die Verwirklichung der in den Sozialrechten zum Ausdruck kommenden Ziele nicht durch die Auflösung der garantierten Freiheiten angestrebt werden darf⁵⁾.

Die Problematik der Sozialrechte liegt in der Form ihrer rechtstechnischen Verwirklichung und ihres Einbaues in die staatliche Rechtsordnung⁶⁾. Verfassungsrechtliche Garantien der Sozialgestaltung unterscheiden sich darin von den klassischen Freiheitsrechten, dass ihnen in weit geringerem Masse justiziable, unmittelbar anspruchsbegründende Gehalte entnommen werden können⁷⁾. Der Grund hierfür liegt in der Offenheit sozialrechtlicher Verbürgerungen in dem Sinne, dass sie in verschiedenster Weise verwirklicht werden können⁸⁾. Darüber zu entscheiden kann nicht primär Aufgabe des Verfassungsrichters sein⁹⁾. Die Gestaltung des Sozialstaates hat in erster Linie der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der ökonomischen und sozialen Entwicklungen und der daraus resultierenden

3 Siehe dazu hinten, unter Kap. 2/§ 4/I/A.

4 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 4f., 152ff.; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 382; siehe dazu hinten unter Kap. 2/§ 4/I/D u. F.

5 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 4, 148ff.; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 382.

6 Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 387 m.w.H.

7 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 5f., 20ff., 179ff.; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 389f., 383.

8 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 18. Diese Offenheit muss hingegen seines Erachtens nicht mit einer Minderung der Verbindlichkeit verbunden sein. Nach seiner Meinung ist die Normativität objektiv-rechtlicher Verfassungsbestimmungen nicht schwächer, aber andersartig als diejenige subjektiv-rechtlich gefasster Vorschriften (Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 17f.).

9 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 5, 182ff.

Sachzwänge¹⁰⁾ vorzunehmen. Es wird gefordert, dass man dieser Tatsache durch entsprechende Formulierung der Sozialrechte als Gesetzgebungsaufträge oder Staatszielbestimmungen Rechnung trägt¹¹⁾.

Sonst besteht die Gefahr, dass soziale Verbürgungen Hoffnungen erwecken, die sie nicht erfüllen können, was zu einer Abwertung der Verfassung und namentlich der Grundrechte führen kann. Auch bei der verfahrensrechtlichen Sicherung der Sozialrechte ist deren geringeren Justiziabilität Rechnung zu tragen¹²⁾. So verzichtet die Sozialcharta, die von der Schweiz unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert worden ist¹³⁾, im Gegensatz zur EMRK auf ein judizielles Sicherungsverfahren und sieht dafür einen mehrstufigen Kontrollmechanismus vor¹⁴⁾.

In der Schweiz scheint gegenüber individualrechtlich formulierten Sozialrechten Skepsis zu bestehen, scheiterten doch sowohl die Aufnahme eines "Rechts auf Wohnung"¹⁵⁾ in die BV als auch diejenige eines "Rechts auf Bildung"¹⁶⁾. Der VE für eine Totalrevision der BV führt Sozialrechte als Staatsaufgaben von den Grundrechten getrennt auf¹⁷⁾.

II. Geschriebene Sozialrechte

A) Recht auf genügenden Primarunterricht (Art. 27 Abs. 2 BV)

Art. 27 Abs. 2 BV verpflichtet die Kantone, für genügenden Primarunterricht unter staatlicher Leitung zu sorgen, der unentgeltlich besucht werden kann. Das Bundesgericht hat offen gelassen, ob diese

10 Vgl. Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 2.

11 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 6, 239ff.

12 Vgl. Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 247ff., 261ff.

13 Vgl. BB1 1982 II 746.

14 Vgl. Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 377f.

15 Volksabstimmung vom 27. Sept. 1970, BB1 1970 II 1516.

16 Volksabstimmung vom 4. März 1973, BB1 1973 I 1730f.

17 Vgl. Art. 26 VE BV.

Bestimmung ein soziales Grundrecht gewährleiste, das dem Einzelnen einen durchsetzbaren Anspruch auf Primarschulbildung verschaffe¹⁸⁾.

Diese Zurückhaltung ist wohl mit der unbestimmten Tragweite des Begriffes "genügender Primarunterricht" zu erklären. Dass Art. 27 Abs. 2 BV seiner Natur nach einen unmittelbaren Leistungsanspruch begründet, wird in der Lehre nämlich allgemein angenommen¹⁹⁾.

Die Garantie bezieht sich ihrem Wortlaute nach auf die Unterstufe der Volksschule und auf die Oberschule⁽²⁰⁾, doch genügen - wie Plotke feststellt⁽²¹⁾ - auch die anderen Bildungsgänge der Elementarschulpflicht mit wenigen Ausnahmen den Anforderungen von Art. 27 Abs. 2 BV hinsichtlich Unentgeltlichkeit und staatlicher Leitung.

Nicht dem Geltungsbereich von Art. 27 Abs. 2 BV wird die eigentliche Sonderschulung zugeordnet. Hier spielen die Leistungen des Bundes gestützt auf seine Kompetenz zur Invalidenvorsorge⁽²²⁾ eine entscheidende Rolle. Die Invalidengesetzgebung grenzt die Sonderschulung von der Volksschule ab, wobei zur letzteren der im Rahmen der Schulpflicht vermittelte Unterricht mit Einschluss der Hilfs- und Förderklassen gehört⁽²³⁾. Von der Invalidenversicherung werden Beiträge gewährt, insbesondere für die Sonderschulung durch von ihr anerkannte entsprechende Einrichtungen⁽²⁴⁾ einschliesslich der damit verbundenen Kosten für Transport, auswärtige Verpflegung und Unterkunft⁽²⁵⁾. Auf die Gestaltung der Sonderschulung durch die Kantone kann jedoch der Bund nach vorherrschender Auffassung keinen Einfluss nehmen⁽²⁶⁾. Dies vermag angesichts des Gebotes an den Staat, Benachteiligte besonders zu fördern⁽²⁷⁾, nicht zu befriedigen⁽²⁸⁾.

18 BGE 103 Ia 398 E. 2a.

19 Siehe Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 66: "grundrechtliche Leistungsansprüche"; ders., Soziale Grundrechte, S. 200: "verfassungs-unmittelbare Leistungsansprüche"; vgl. auch Aubert, droit constitutionnel, N. 1751; Trachsel, S. 236.

20 In diesem Sinne wohl Plotke, Schulrecht, S. 92.

21 Plotke, Schulrecht, S. 92.

22 Art. 34 quater BV; siehe Plotke, Schulrecht, S. 98.

23 Art. 19 Abs. 1 IVG und Art. 8 Abs. 2 der Vo über die Invalidenversicherung vom 17. Jan. 1961 (SR 831.201).

24 Siehe Vo über die Zulassung von Sonderschulen in der Invalidenversicherung vom 11. Sept. 1972 (SR 831.232.41)

25 Zu den Leistungen im einzelnen siehe Art. 19 Abs. 2 IVG sowie Art. 8ff. der Vo über die Invalidenversicherung (zit. oben, Fn 23).

26 Plotke, Schulrecht, S. 98; siehe auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 27. März 1981 i.S. R.E., in: Zeitschrift für die Ausgleichskassen 1981, S. 352 E. 2a m.w.H.

27 Häring, S. 105.

28 Plotke, Schulrecht, S. 98; Saladin stellte 1970 fest, dass die Zahl der Spezialschulen und -heime ungenügend sei und in gewissen Kantonen die Möglichkeiten zu einer Sonderbildung spärlich seien (Saladin, Recht auf Bildung, S. 141); vgl. einen Bericht über das Platzangebot für IV-Sonderschüler in: Zeitschrift für die Ausgleichskassen 1980, S. 556ff.

Für das Hilfsschulwesen ausserhalb der durch die Invalidengesetzgebung erfassten Sonderschulung haben die Anforderungen des Art. 27 Abs. 2 BV Geltung. Dennoch dürften in bezug auf das entsprechende Leistungsangebot auch heute noch erhebliche Unterschiede zwischen den Kantonen bestehen(29).

Der Bund hat bis heute auf eine inhaltliche Umschreibung dessen, was unter genügendem Primarunterricht zu verstehen ist, verzichtet³⁰⁾. In der Lehre besteht Uneinigkeit darüber, ob er aufgrund der gegenwärtigen Verfassungslage überhaupt befugt wäre, diesbezügliche Vorschriften aufzustellen³¹⁾. Dagegen sprechen die Entstehungsgeschichte von Art. 27 BV - eine Kompetenz des Bundes, Minimalanforderungen aufzustellen, wurde anlässlich der Beratungen ausdrücklich verworfen³²⁾ - sowie der Wortlaut von Abs. 4, wonach der Bund gegenüber säumigen Kantonen die nötigen Verfügungen trifft³³⁾.

1882 wurde ein Bundesbeschluss in der Volksabstimmung verworfen, gemäss dem der Bundesrat beauftragt worden wäre, "die zur vollständigen Vollziehung des Art. 27 der BV und zum Erlass bezüglicher Gesetzesvorlagen nötigen Erhebungen über das Schulwesen der Kantone zu machen"(34). Nach der 1973 verworfenen Revision der Bildungsartikel der BV wäre der Bund befugt gewesen, Vorschriften über die Koordination des obligatorischen Schulwesens aufzustellen, sowie dessen Dauer festzulegen(35).

Mittlerweile dürfte das Bedürfnis nach bundesrechtlichen Rahmenvorschriften insgesamt kleiner geworden sein, da Koordinationsfort-

29 Siehe Plotke, Schulrecht, S. 114f.

30 Plotke, Schulrecht, S. 144.

31 Plotke, Schulrecht, S. 92 mit Hinweisen auf Stellungnahmen in der Lehre; siehe auch eine entsprechende Aeusserung des Eidgenössischen Departementes des Innern in: VEB 31/1962-63 Nr. 47, S. 97.

32 Burckhardt, S. 198, 203.

33 Vgl. Burckhardt, S. 203f.

34 Siehe von Salis L.R., Schweizerisches Bundesrecht, 2. Aufl., Bd. V, Nr. 2460, S. 560.

35 Siehe Art. 27bis Abs. 2 u. Abs. 4 lit. a der verworfenen Bildungsvorlage (BB1 1972 II 1027f.).

schritte auf dem Konkordatsweg(36) und durch die Tätigkeit der Erziehungsdirektorenkonferenz(37) erzielt worden sind(38).

Die Verwaltungspraxis des Bundesrates zu Art. 27 Abs. 2 BV hatte sich unter anderem mit der Frage auseinander zu setzen, inwiefern diese Vorschrift ein Recht auf Primarunterricht in der Muttersprache begründe³⁹⁾. Auch waren die Begriffe der "Unentgeltlichkeit" und der "staatlichen Leitung" zu konkretisieren⁴⁰⁾.

B) Recht auf schickliches Begräbnis (Art. 53 Abs. 2 BV)

Gemäss Art. 53 Abs. 2 BV haben die bürgerlichen Behörden dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann. Diese Vorschrift wurde wohl vorab geschaffen, um religiös motivierten

36 Siehe Konkordat über die Schulkoordination vom 29. Okt. 1970 (wiedergeg. in SR 411.9), dem 21 Kantone und Halbkantone beigetreten sind.

37 Zur Rechtsnatur und zu den Tätigkeiten dieser Organisation vgl. Rechsteiner Werner A., Die Volksschule im Bundesstaat, Zürcher Diss. 1978, S. 643ff.

38 Immerhin harrt beispielsweise das Problem des uneinheitlichen Schuljahresbeginns noch immer einer Lösung. Das Zürcher Volk hat 1982 eine Vorlage über die Einführung des Schuljahresbeginns im Frühsommer abgelehnt (Zürcher Amtsblatt 1982, S. 714, 917). Auf Bundesebene ist gegenwärtig eine Volksinitiative "für die Koordination des Schuljahresbeginns in allen Kantonen" hängig (vgl. BB1 1981 I 1148).

39 Siehe zum bekannten Fall Gemeinde St. Martin VPB 40/1976 Nr. 37 sowie (hinsichtlich des Aspektes der Sprachenfreiheit) BGE 100 Ia 462ff.; vgl. auch BGE 91 I 480ff. sowie Entscheid des Berner Verwaltungsgerichts vom 10. Nov. 1975, in: ZBl 78/1977, S. 234ff.

40 Hinsichtlich der Unentgeltlichkeit: VPB 44/1980 Nr. 19, VEB 25/1955 Nr. 10 und VEB 15/1941 Nr. 4 zur Frage der Zumutbarkeit des Weges in die Schule der Wohnsitzgemeinde und der Uebernahme von Kosten für den Schulbesuch in günstiger gelegenen Nachbargemeinde; VPB 44/1980 Nr. 74: Schulbesuch in der Nachbargemeinde aus persönlichen Gründen (Missbilligung eines Lehrers), Frage der Unentgeltlichkeit nach Art. 27 Abs. 2 BV offen gelassen; VEB 31/1962-63 Nr. 47: Anspruch auf Unentgeltlichkeit auch für Ausländer, die sich in der Schulgemeinde aufhalten. Hinsichtlich des Begriffes der "staatlichen Leitung": VEB 29/1959-60 Nr. 51 (Gutachten der Justizabteilung).

Diskriminierungen im Bestattungswesen begegnen zu können⁴¹⁾. In neuerer Zeit gibt sie wenig Anlass zu Rechtsstreitigkeiten.

1972 hat der Bundesrat entschieden, dass aus Art. 53 Abs. 2 BV keine Pflicht der Behörden abzuleiten sei, den Willen des Verstorbenen hinsichtlich der Gestaltung der Bestattungsfeier gegenüber den Angehörigen durchzusetzen⁴²⁾. Einen Bezug zu Art. 53 Abs. 2 BV weisen die Regelungen über die Grabmahlgestaltung auf, mit denen sich die Praxis verschiedentlich zu befassen hatte⁴³⁾.

C) Sozialrechte kantonalen Verfassungen

Auch bei den kantonalen Verfassungsgebern ist hinsichtlich der Gewährleistung von Sozialrechten eine grosse Zurückhaltung festzustellen⁴⁴⁾. Eine Ausnahme stellt die jurassische KV⁴⁵⁾ dar, welche namentlich ein Recht auf Arbeit⁴⁶⁾, ein Recht auf Wohnung⁴⁷⁾, ein Recht auf Besuch der Vorschule (école maternelle)⁴⁸⁾ sowie ein Recht auf Bildung⁴⁹⁾ anerkennt. Allerdings spricht sie sich nicht eindeutig über die Tragweite der genannten Garantien aus⁵⁰⁾. Die neue aargauische KV⁵¹⁾ gewährleistet einen Anspruch des Kindes auf eine seinen Fähigkeiten angemessene Bildung⁵²⁾.

41 Siehe zur Entstehungsgeschichte der Bestimmung und zu den sich früher in der Praxis stellenden Fragen Burckhardt, S. 489f., 492ff.

42 VPB 36/1972 Nr. 2; das Bundesgericht ist unter dem Gesichtspunkt der Art. 49 u. 50 BV zu demselben Ergebnis gelangt (BGE 97 I 221ff.).

43 Siehe BGE 101 Ia 392ff., 397ff. E. 3ff. m.w.H.; Beschluss des Basels-städtischen Regierungsrates vom 30. April 1968 i.S. E.W., in: BJM 1968, S. 298ff.; Urteil des Basellandschaftlichen Verwaltungsgerichts vom 12. Juni 1968 i.S. M.S., in: BJM 1968, S. 301ff.; speziell unter dem Gesichtspunkt von Art. 53 Abs. 2 BV VEB 25/1955 Nr. 15.

44 Vgl. Hangartner, Staatsrecht, Bd. II, S. 253, wonach kantonale Verfassungen ausnahmsweise subjektive Ansprüche auf staatliche Leistungen einräumten.

45 KV JU vom 3. Feb. 1977 (GS JU 101).

46 Art. 19 KV JU.

47 Art. 22 KV JU.

48 Art. 34 Abs. 2 KV JU.

49 Art. 40 KV JU.

50 Vgl. Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 15.

51 KV AG vom 25. Juni 1980 (GS AG Bd. 10, S. 561ff.).

52 § 28 Abs. 1 KV AG.

In der vorliegenden Arbeit interessieren von den genannten Sozialrechten vor allem jene, die sich auf staatliche Leistungen im Bildungs- und Erziehungswesen beziehen, da diese regelmässig durch öffentliche Einrichtungen vermittelt werden. Die aargauische und die jurassische Bildungsgarantie sind zumindest als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu deuten, denen insbesondere bei Entscheiden über die quantitative Beschränkung des Zugangs zu kantonalen oder kommunalen Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen Bedeutung zukommt⁵³⁾. Die jurassische Bestimmung über den Besuch der Vorschule begründet sogar einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zulassung zu den entsprechenden Institutionen⁵⁴⁾. Aus ihr dürfte sich somit auch die Verpflichtung des Kantones ergeben, die zur Realisierung des Anspruches allenfalls notwendigen Erweiterungen des Platzangebotes vorzunehmen.

III. Ungeschriebene Sozialrechte

A) Recht auf Fürsorge

In der neueren Lehre wird darauf hingewiesen, dass grundrechtliche Freiheiten für jenen ihren Sinn verlieren, dem es an den existenznotwendigen Mitteln wie Wohnung, Nahrung, Kleidung und Krankenhilfe fehlt. Deshalb wird die Anerkennung eines verfassungsmässigen Rechts auf minimale Fürsorge postuliert⁵⁵⁾, sei es als selbständiges

53 Vgl. Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 16f., wonach der jurassische Bildungsartikel mehr Substanz enthalten müsse, als der Gleichheitssatz der BV oder die Garantie jenes Kernes persönlicher Entfaltung, den das Bundesgericht bisher als bundesrechtliche Schranke des Numerus clausus festgelegt habe.

54 Art. 34 Abs. 2 KV JU lautet: "L'accès à l'école maternelle est garanti."

55 Vgl. Müller J.P., staatsleitende Grundsätze, S. 272 m.w.H.; ders., Soziale Grundrechte, S. 236ff.; Trachsel, S. 237ff.; siehe auch Breiter, S. 176.

ungeschriebenes Grundrecht, sei es als Gehalt der persönlichen Freiheit oder des Rechtsgleichheitsgebotes⁵⁶⁾. Eine solche Garantie würde sich vor allem gegen den Wohnsitzkanton richten, der nach geltendem Recht primär für die Unterstützung Bedürftiger zuständig ist⁵⁷⁾.

B) Recht auf Bildung?

Das Bundesgericht hat in seinen beiden ersten Numerus-clausus-Urteilen⁵⁸⁾ die Existenz eines über Art. 27 Abs. 2 BV hinausgehenden ungeschriebenen Rechts auf Bildung ausdrücklich verneint⁵⁹⁾. Was die Begründung betrifft, so ist m.E. die Feststellung von Zenger berechtigt, dass die Ablehnung eines verfassungsmässigen Rechts in bestimmter Ausgestaltung durch Volk oder Stände die Gewährleistung gewisser (Minimal-)Garantien im betreffenden Bereich durch die bestehende Verfassung nicht ausschliesse⁶⁰⁾.

Sollte beispielsweise die Volksinitiative über "Recht auf Leben"⁽⁶¹⁾, welche vorab gegen Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe gerichtet ist, scheitern, so wird deswegen nicht in Frage gestellt werden, dass das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit ein - wenn nötig durch die Verfassungsrechtsprechung zu konkretisierendes - Recht auf Leben beinhaltet.

Das Recht auf Bildung, wie es in den Numerus-clausus-Urteilen zur Debatte stand, hätte sinnvollerweise den Staat verpflichten müssen, dem Anliegen an einem zahlenmässig nicht beschränkten Zugang geeigneter Anwärter zu öffentlichen Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen gegenüber haushalts- und (aus-)bildungspolitischen Interessen

56 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 238; Trachsel plädiert für ein selbständiges ungeschriebenes Grundrecht, weil er die bundesgerichtlichen Voraussetzungen für die Anerkennung eines solchen als erfüllt betrachtet (vgl. S. 238f.).

57 Vgl. BG über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (SR 851.1).

58 BGE 103 Ia 369ff. und 394ff.

59 BGE 103 Ia 377f. E. 4a, 398 E. 2a.

60 Zenger, S. 30f.

61 Siehe den Text des Volksbegehrens in BB1 1980 III 272.

Priorität einzuräumen. Es wäre in dieser Hinsicht weiter gegangen als die 1973 verworfene Bildungsvorlage⁶²⁾. Ein Recht auf Bildung von dieser Tragweite ist jedoch weder geradezu als Voraussetzung für die Ausübung eines garantierten Grundrechtes noch als unentbehrlicher Bestandteil der demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes⁶³⁾ zu betrachten.

Bei der verfassungsrechtlichen Diskussion um das Recht auf Bildung in irgendeiner Form ist zu berücksichtigen, dass die BV zur Zurückhaltung bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte mit Leistungscharakter mahnt⁶⁴⁾. Es dürfte auch von gewisser Bedeutung sein, dass die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll der EMRK, dessen Art. 2 sich mit dem Zugang zur staatlichen Bildung befasst⁶⁵⁾, zwar unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert hat⁶⁶⁾.

Die Erörterungen über die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das staatliche Bildungs- und Ausbildungswesen werden sich darauf zu konzentrieren haben, was diesbezüglich anerkannten Grundrechten der BV zu entnehmen ist.

62 Dies vermerkt auch das Bundesgericht unter Hinweis auf BB1 1972 I 377, 423 (BGE 103 Ia 378 E. 4a).

63 Das Bundesgericht verlangt für die Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts die Erfüllung einer dieser beiden Voraussetzungen (BGE 104 Ia 96f. E. 5c, 100 Ia 400f. E. 4c).

64 Haller, Forschungsfreiheit, S. 130f.

65 Näheres zu dieser Bestimmung siehe hinten, unter Kap. 2/§ 4/II/A/1.

66 Vgl. BB1 1982 II 746.

§ 4 Freiheitsrechte und Rechtsgleichheitsgebot

Im folgenden ist zu untersuchen, inwieweit beim Entscheid über die Zulassung zu öffentlichen Leistungseinrichtungen Grundrechte heranzuziehen sind. Dies bedingt eine Vergegenwärtigung von deren grundsätzlichen Bedeutung im Leistungsstaat.

Der Ausdruck "Grundrechte" wird im folgenden als Oberbegriff für die durch die Bundesverfassung gewährleisteten Freiheitsrechte und das Rechtsgleichheitsgebot verwendet⁽¹⁾. Art. 4 BV wird zum Teil auch als Verfassungsgrundsatz bezeichnet, weil sein Normbereich anders als jener der Freiheitsrechte nicht einen bestimmten Ausschnitt von Lebenssachverhalten erfasst⁽²⁾. Andererseits kommt dem Rechtsgleichheitsgebot insofern Grundrechtsqualität zu, als es im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde selbständig angerufen werden kann. Für die Behandlung von Art. 4 BV zusammen mit den Freiheitsrechten spricht seine enge inhaltliche Beziehung zu diesen, welche im Bereich staatlicher Leistungen besonders augenscheinlich ist.

I. Grundrechte und staatliche Leistungen im allgemeinen

A) Grundrechtskonkretisierung

Infolge der knappen und abstrakten, ja stichwortartigen³⁾ Normierung der Grundrechte ist bei deren Auslegung allein mit den herkömmlichen Methoden oft kein gesichertes Resultat erzielbar⁴⁾. Die Grundrechtsverwirklichung weist deshalb in höherem Masse rechtsschöpferische Elemente auf⁵⁾. Dies wird mit dem Begriff Konkretisierung zum Ausdruck gebracht⁶⁾. Rhinow verwendet diesen Terminus generell bei Akten sowohl

1 Zum Verhältnis der Begriffe "verfassungsmässiges Recht" und "Grundrecht" siehe Kaufmann, S. 479f.

2 Mastronardi, S. 162; vgl. auch Friesenhahn, S. G 20; Huber, Konkretisierung, S. 197.

3 Huber, Konkretisierung, S. 195.

4 Vgl. Trachsel, S. 59ff.

5 Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 467; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 45.

6 Böckenförde, S. 1529; Friesenhahn, S. G 10; Huber, Konkretisierung, S. 194ff.; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 45.

der Rechtsanwendung als auch der Rechtssetzung, da er davon ausgeht, dass ausser bei reinen Vollzugshandlungen auf der einen und bei der Verfassungsgebung auf der anderen Seite auf jeder Stufe der Rechtsverwirklichung vorgegebenes Recht angewendet aber auch neues Recht gesetzt werde⁷⁾. In Uebereinstimmung damit steht die verschiedentlich anzutreffende Feststellung, dass Grundrechtskonkretisierung nicht ausschliesslich Sache des Verfassungsrichters sei, sondern dass auch der Gesetzgeber und die Verwaltung im Rahmen ihrer Tätigkeit die Grundrechte zu verwirklichen hätten⁸⁾. Zum Teil wird mit der Verwendung des Ausdruckes Konkretisierung auch der Betrachtungsweise entgegengetreten, wonach die Gesetzgebung im Grundrechtsbereich zwingend aus Einschränkungen bestehe. Grundrechtskonkretisierung bedeutet dann gesetzgeberische Realisierung der Grundrechte durch ihre Berücksichtigung im Komplex von Verfassungszielen⁹⁾.

Natürlich unterscheidet sich die als Grundrechtspolitik bezeichnete¹⁰⁾ gesetzgeberische von der richterlichen Grundrechtskonkretisierung. Die geringe Bindungskraft des Normtextes der Grundrechte sowie die im Vergleich zu anderen Kodifikationen weniger strenge Systematik der Verfassung rufen nach juristisch nachprüfbaren Massstäben der richterlichen Grundrechtsverwirklichung¹¹⁾. Ausgangspunkt ist die Bestimmung des Grundrechtsverständnisses, das der Konkretisierung zugrunde gelegt ist¹²⁾. Sodann hat sich der Richter an die in der Verfassung verankerte Teilung und Gewichtung der Gewalten zu halten¹³⁾.

7 Rhinow, Methodik, S. 200ff., 232ff., 240ff.

8 Müller G., Privateigentum, S. 42ff.; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 48, 53ff., 55f.; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 433ff.

9 Vgl. Müller G., Privateigentum, S. 43ff.; vgl. auch Häberle, Grundrechte, S. 66ff.

10 Häberle, Grundrechte, S. 56; Müller G., Privateigentum, S. 43; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 435; Saladin, Grundrechte, S. LVI.

11 Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 467; Müller G., Privateigentum, S. 23ff.; Trachsel, S. 64f.

12 Ausführlich Böckenförde, S. 1529f.; Fleiner Th., positive Leistungen, S. 68f.; Müller G., Privateigentum, S. 24; Trachsel, S. 59, 65.

13 Vgl. Trachsel, S. 86ff.

B) Grundrechtsverständnis

1. Bestimmung des Grundrechtsverständnisses

Mit der Deutung der Grundrechte befasst sich eine schwer überschaubare Fülle von Literatur¹⁴⁾. Die anzutreffende Vielfalt von Grundrechtstheorien¹⁵⁾ könnte den Schluss nahelegen, dass ein allgemeiner Konsens über das Verständnis der Grundrechte nicht bestehe¹⁶⁾. Was die neuere Lehre über die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung betrifft, ist jedoch hinsichtlich der grundsätzlichen Fragen eine weit grössere Uebereinstimmung feststellbar, als man erwarten würde¹⁷⁾. Fest steht, dass die Grundrechtsdeutung von der Verfassung auszugehen hat, durch welche die Grundrechte garantiert sind¹⁸⁾. Anhaltspunkte ergeben sich aus dem Stil¹⁹⁾ der betreffenden Verfassung sowie aus den in ihr verankerten oder sich aus ihr ergebenden Grundprinzipien²⁰⁾. Von einer gewissen Bedeutung ist auch die historische Entwicklung der Grundrechtsdeutungen²¹⁾.

14 Einen Ueberblick über die Literatur zur Einbettung der Grundrechte in den Leistungsstaat vermittelt Saladin, Grundrechte, S. LIIf.

15 Vgl. einen Ueberblick über die "hauptsächlichen" Theorien bei Böckenförde, S. 1530ff. und den Hinweis auf die Vielfalt bei Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 432.

16 So Trachsel, S. 66.

17 Die vielbeachtete Kontroverse um die Eigentumsordnung im Entwurf für eine neue Bundesverfassung drehte sich weniger um die Grundrechtsdeutung als um die Frage, ob die im Entwurf gewählte Umschreibung der Eigentumsgarantie gegenüber der heutigen Rechtslage zu einer Schwächung des Schutzes privaten Eigentums führen würde (vgl. Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, "NZZ"-Schriften zur Zeit, Zürich 1979, S. 133ff.).

18 Böckenförde, S. 1536f.; Müller G., Privateigentum, S. 33; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 430, Saladin, Grundrechte, S. LVII.

19 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 64ff.; zum Stil der Bundesverfassung siehe Saladin Peter, Bemerkungen zu Struktur und Stil der Bundesverfassung, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976, S. 219ff.

20 Müller G., Privateigentum, S. 33.

21 Vgl. etwa Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 158; Trachsel, S. 57 hinsichtlich der historischen Einordnung des liberal-defensiven Grundrechtsverständnisses.

2. Anhaltspunkte für das Verständnis der Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung

In bezug auf die schweizerischen Grundrechtsgarantien fällt in Betracht, dass die Bundesverfassung nicht darauf ausgelegt ist, für sämtliche Fragen Grundanweisungen zu statuieren, die von den Staatsorganen nur noch zu vollziehen sind²²⁾. Das heisst nicht, dass die Verfassung überhaupt keine Orientierungspunkte für die inhaltliche Ausgestaltung der staatlichen Ordnung enthalte. Solche ergeben sich schon aus den Gesetzgebungsaufträgen und den Kompetenzartikeln. So dann lassen sich aus den programmatischen Bestimmungen sowie weiteren fundamentalen Normen, wie etwa dem Rechtsgleichheitsgebot, die Grundprinzipien festlegen, nach denen sich die staatliche Tätigkeit auszurichten hat²³⁾. Als Grundentscheidungen, welche die Bundesverfassung prägen, werden die Prinzipien der Demokratie, des Föderalismus, der Freiheit, des Rechtsstaates und des Sozialstaates genannt²⁴⁾. Schliesslich setzen die spezifischen Freiheitsgarantien Richtpunkte und Grenzsteine staatlichen Handelns, deren Bestand nicht in Frage zu stellen ist und deshalb keiner politischen Verständigung mehr bedarf²⁵⁾. Sie schützen elementare Positionen menschlicher Freiheit insbesondere hinsichtlich der Sicherung des offenen demokratischen Verfahrens und der Wahrung der menschlichen Würde²⁶⁾.

Die in der Verfassung enthaltenen Grundprinzipien, Staatsziele, Staatsaufgaben und Grundrechte begründen Spannungsverhältnisse, die anlässlich konkreter Sachfragen zu harmonisieren sind²⁷⁾. Die Lösung dieser Aufgabe ist nur zu einem geringen Teil durch die Verfassung selbst vorweggenommen. Die Bundesverfassung statuiert vor

22 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 64ff.; ähnlich für das Deutsche Grundgesetz Böckenförde, Diskussionsbeitrag zu VVDStRL 30/1971, S. 164f.; Scheuner, S. 510.

23 Sie sind deshalb auch bei der Grundrechtskonkretisierung heranzuziehen (Friesenhahn, S. G 11).

24 Müller G., Privateigentum, S. 36f.

25 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 16; Trachsel, S. 82f.

26 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 17.

27 Müller G., Privateigentum, S. 37.

allen eine Zuständigkeits- und eine fundamentale Verfahrensordnung, nach denen die von ihr offen gelassenen Fragen Lösungen zugeführt werden sollen²⁸⁾. Dabei fällt für die Deutung der Grundrechte entscheidend ins Gewicht, dass die Zuständigkeitsordnung dem demokratischen Gesetzgeber eine eindeutige Vorrangstellung einräumt²⁹⁾. Eine wichtige Funktion der Freiheitsrechte besteht denn auch, wie erwähnt, darin, den Prozess der demokratischen Entscheidungsfindung zu ermöglichen³⁰⁾. Die durch die Verfassung statuierte Gewichtung der Gewalten mahnt den Richter zur Zurückhaltung bei der Ableitung von inhaltlichen Anweisungen aus einem Grundrecht, welche die Entscheidungsbefugnisse des Gesetzgebers einschränken³¹⁾. Darüber besteht in der schweizerischen Grundrechtslehre weitgehende Einigkeit³²⁾. Die Grundrechtsgarantien bilden somit keine Superkodifikation³³⁾, sondern bedürfen der Einbettung in den Kontext der Gesamtverfassung³⁴⁾. Ihr Inhalt und ihre Tragweite ergeben sich aus der Interpretation der Verfassung als Einheit³⁵⁾. Konflikte zwischen Grundrechten und anderen Verfassungszielen sind bei der Konkretisierung

28 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 64.

29 Vgl. Art. 71, 113 Abs. 3 bzw. 114bis Abs. 3BV, Trachsel, S. 86.

30 Müller G., Privateigentum, S. 29ff.; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 16f.; ders., Soziale Grundrechte, S. 84; das Bundesgericht trägt der demokratischen Funktion der Grundrechte Rechnung bei der Umschreibung der Voraussetzungen, unter denen es ungeschriebene verfassungsmässige Rechte anerkennt (vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 24).

31 Dies gilt auch für die Grundrechte des Deutschen Grundgesetzes (Friesenhahn, S. G 13f.; Häberle, Grundrechte, S. 110f.), wobei sich jedoch die Gewaltengewichtung wegen der fehlenden Mitwirkung des Volkes im Gesetzgebungsverfahren etwas von der schweizerischen unterscheiden dürfte (Trachsel, S. 87).

32 Vgl. die allgemeine Zustimmung zu den Ergebnissen der Untersuchung Trachsels über die Möglichkeit, aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung justiziable Leistungsforderungen abzuleiten: Müller G., Privateigentum, S. 31; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 48, Anm. 16; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 444.

33 Trachsel, S. 85 u. 90.

34 Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 433f.

35 Müller G., Privateigentum, S. 34; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 434; ebenso für die Grundrechte des Grundgesetzes Friesenhahn, S. G 4.

zu lösen, indem praktische Konkordanz angestrebt wird³⁶⁾. Zweifellos kommt aber den Grundrechten innerhalb der Verfassung eine Sonderstellung zu. Als Essentialien einer gerechten Ordnung jenseits der durch das Verfahren begründeten Legitimität³⁷⁾ verpflichten sie sämtliche staatlichen Organe³⁸⁾.

C) Wandelbarkeit der Grundrechtsbedeutung

Wenn die Grundrechte ihre Funktion als Eckpfeiler einer ansonsten durch die Verfassung in relativ geringem Masse vorbestimmten Ordnung erfüllen sollen, muss ihre Bedeutung den Wandlungen der tatsächlichen Verhältnisse sowie den neuen Bedrohungen angepasst werden können³⁹⁾. Dies wird durch die Abstraktheit ihrer Normierung ermöglicht. Da sich Grundrechte im wesentlichen auf die Umschreibung der Ziele beschränken, sind sie offen für eine teleologische Bestimmung des Geltungsbereiches⁴⁰⁾. Diese geht von der Frage aus, welche Sachverhalte die Grundrechte zu erfassen haben, wenn sie ihre Zielsetzung erreichen sollen⁴¹⁾. Die Anerkennung der Wandelbarkeit der Grundrechtsbedeutung führt dennoch nicht zu einer durch die Verfassung nicht gedeckten Ueberhöhung grundrechtlicher Garantien, wenn man sich bewusst

36 Müller J.P., staatsleitende Grundsätze, S. 275f.

37 Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 75.

38 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 48, 52; Rupp, S. 165f.

39 Häberle, Grundrechte, S. 69ff.; Friesenhahn, S. 6 2f.; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 429; Rupp, S. 163f.; Scheuner, S. 511; Trachsel, S. 38ff.

40 In weit geringerem Masse gilt dies für die Garantien der EMRK, die konkret formulierte, ideelle und prozessuale Rechte verbürgen (vgl. Wildhaber, EMRK, S. 284ff.).

41 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 90; siehe auch Trachsel, S. 70f., der ausführt, dass das Normprogramm der Grundrechte im wesentlichen im Text enthalten sei, die Bestimmung des Normbereiches dagegen das zentrale Problem des Konkretisierungsvorganges darstelle.

bleibt, dass eben dieser Verfassung als Zuständigkeits- und Verfahrensordnung zu entnehmen ist, welchem Staatsorgan die Aufgabe zukommt, neue Gehalte in die Wirklichkeit umzusetzen⁴²⁾.

D) Positive Grundrechtsgehalte

Es entspricht der heute überwiegenden Auffassung, dass sich die Grundrechtsgehalte nicht in Rechten des Bürgers auf Abwehr staatlicher Uebergriffe erschöpfen⁴³⁾. Zwar nehmen die Grundrechte auch die gleichbleibend wichtige Aufgabe wahr, staatlich nicht beeinträchtigte Bereiche freier Entfaltung zu erhalten⁴⁴⁾. Doch lässt sich bereits dieses Ziel nicht allein durch die Ausgrenzung staatlichen Rechts erreichen⁴⁵⁾. Bei gewissen Grundrechten bedürfen die zu schützenden Bereiche zunächst der rechtlichen Ausgestaltung, um überhaupt wirksam zu werden⁴⁶⁾. Sodann setzt der gerichtliche Schutz der Grundrechtsgarantien staatliche Vorkehren voraus⁴⁷⁾. Schliesslich

42 Friesenhahn, S. G 3; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 429f.; Trachsel, S. 72.

43 Fleiner Th., positive Leistungen, S. 67ff.; Müller G., Privateigentum, S. 37f.; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 152; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 430f. m.w.H.; Rupp, S. 164f., 179; Saladin, Grundrechte, S. 292ff.; Scheuner, S. 509f.; Trachsel, S. 56ff.; Hinweise auf entgegenstehende Meinungen finden sich bei Saladin, Grundrechte, S. 292f.; Trachsel nennt Autoren, die originäre Teilhaberechte nicht aus Justiziabilitätsgründen, sondern wegen des Abwehrcharakters der Grundrechte ablehnen (S. 188f.).

44 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 9f.; ders., Soziale Grundrechte, S. 148ff.; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 430f.; Trachsel, S. 54ff.

45 Vgl. jedoch Friesenhahn, S. G 14: "Freiheit ist vorstaatlich gegeben.", sowie Böckenförde, S. 1530 betreffend die liberale (bürgerlich-rechtsstaatliche) Grundrechtstheorie.

46 So beispielsweise die Eigentumsgarantie und die Ehefreiheit, vgl. Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 441.

47 Nämlich die Aufstellung einer Verfahrensordnung sowie das Tätigwerden des Gerichtsapparates im Falle seiner Anrufung, vgl. Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 441; dies muss auch die liberale Grundrechtstheorie anerkennen (Böckenförde, S. 1530).

dient die polizeiliche Tätigkeit traditionell auch dazu, die Ausübung garantierter Freiheiten vor Störungen Dritter zu schützen⁴⁸⁾.

Die Deutung der Grundrechte als reine Abwehrrechte ist aber auch unvereinbar mit der Einsicht, dass viele der garantierten Freiheiten durch die blossе Gewährung staatlich nicht beeinträchtigter Bereiche nicht verwirklicht werden können⁴⁹⁾. Die umfassende Präsenz des heutigen Staates lässt die Ausübung gewisser Grundrechtsgarantien überhaupt von Vorkehrungen des Gemeinwesens abhängig werden⁵⁰⁾. Andere verbürgte Freiheiten würden ohne staatliches Eingreifen zu einem Privileg weniger, weil für einen grossen Teil der Bevölkerung die sozialen Voraussetzungen für ihre Inanspruchnahme nicht gegeben wären⁵¹⁾. Dies ist zwar keine spezifische Erscheinung der heutigen Zeit⁵²⁾, doch verfügt der heutige Leistungsstaat über weit bessere Möglichkeiten, korrigierend einzugreifen. Dies wiederum vergrössert die Abhängigkeit der Grundrechtsausübung von staatlichen Leistungen⁵³⁾.

Kloepfer versucht, eine Brücke zwischen Abwehrrecht und Leistungsgewährendem Grundrechtsinhalt zu schlagen, indem er die Entstehung grundrechtlich geschützter Positionen in den eingriffserwehrenden Gehalt der Grundrechte miteinbezieht⁽⁵⁴⁾.

48 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 61, 65; Trachsel, S. 146ff.

49 Böckenförde, S. 153lf.; Hesse, Grundrechte, S. 430; Müller G., Privateigentum, S. 37f.; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 10; ders., Soziale Grundrechte, S. 152ff.; Scheuner, S. 506, 509; Trachsel, S. 56ff.

Als ungenügend erweisen sich die Grundrechte als reine Abwehrrechte auch gegenüber Gefährdungen grundrechtlicher Freiheit durch private Mächte (Böckenförde, S. 1532; Müller G., Privateigentum, S. 39).

50 So beispielsweise das Bauen als Ausübung der Eigentumsgarantie von staatlichen Erschliessungsmassnahmen; weitere Beispiele bei Müller G., Privateigentum, S. 38 Anm. 68; vgl. auch Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 10f.

51 Böckenförde, S. 1535; Häberle, Grundrechte, S. 47; Martens, S. 28; Müller G., Privateigentum, S. 38f.; Trachsel, S. 58. So muss der Staat durch die Schaffung entsprechender Ausbildungsmöglichkeiten dafür sorgen, dass die Berufswahlfreiheit für alle Schichten der Bevölkerung real existiert; weitere Beispiele bei Müller G., Privateigentum, S. 38.

52 Vgl. Martens, S. 10f.

53 Vgl. Friesenhahn, S. G 16f.; Hesse, Grundrechte, S. 430.

54 Kloepfer Michael, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandesschutz, München 1970, S. 23, 24ff.

Dem Zusammenhang zwischen der Wahrnehmung garantierter Freiheiten und positiven Vorkehren des Staates ist bei der Bestimmung der Grundrechtsgehalte Rechnung zu tragen. Hier kommt die Fähigkeit der Grundrechte zum Tragen, ihre Bedeutung gewandelten Verhältnissen anzupassen. Sie ermöglicht die grundrechtliche Verpflichtung des Staates, seine leistende Tätigkeit darauf auszurichten, möglichst allen Bürgern Chancen der Grundrechtsverwirklichung zu vermitteln⁵⁵⁾. Dabei wird zu Recht betont, dass die Grundrechtseffektivierung⁵⁶⁾ oder Sozialisierung der Grundrechte⁵⁷⁾ nicht zur Aushöhlung der verbürgten Freiheiten führen darf⁵⁸⁾. Als einseitig erscheint jedoch die Betrachtungsweise, welche in jeglicher grundrechtlicher Verpflichtung zu staatlichen Massnahmen eine Gefährdung der Freiheitsrechte erblickt⁵⁹⁾. Entsprechend der Tatsache, dass der Staat Förderer und Bedroher der Freiheit zugleich sein kann⁶⁰⁾, sind die Grundrechte sowohl Wegweiser als auch Grenzsteine staatlichen Handelns⁶¹⁾. Sie weisen sowohl auf die Gewährung von Leistungen als auch auf die Unterlassung von Eingriffen zielende Gehalte auf⁶²⁾. Spannungsverhältnisse zwischen verschiedenen Grundrechtsgehalten sind - wie jene zwischen Grundrechten und anderen Verfassungszielen - anlässlich der Konkretisierung aufzulösen⁶³⁾.

55 Hesse, Grundrechte, S. 433; Häberle, Grundrechte, S. 84f., 103ff.; Müller G., Privateigentum, S. 38f.; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 22, 152ff.; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 441f.; Saladin, Grundrechte, S. LVI.

56 Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 435.

57 Häberle, Grundrechte, S. 53.

58 Darauf weist vor allem auch Häberle, Grundrechte, mehrfach hin (S. 53, 62f., 72, 102); Friesenhahn, S. G 14; Müller G., Privateigentum, S. 43; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 152, 162f.

59 So etwa Martens, S. 33; vgl. auch die Hinweise Trachsels auf entsprechende Auffassungen S. 188f.

60 Müller G., Privateigentum, S. 40; vgl. Scheuner, Diskussionsbeitrag zu VVDStRL 30/1971, S. 143f.

61 Vgl. Scheuner, S. 506, wonach die Grundrechte den Gesetzgeber als Schranke, aber auch als Ziel und Auftrag binden.

62 Müller G., Privateigentum, S. 37ff.; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 46ff.

63 Müller G., Privateigentum, S. 40; vgl. auch Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 162f.

Die Deutung der Grundrechte, wonach diese Begrenzungen und grundlegende Gestaltungsprinzipien der staatlichen Ordnung⁶⁴⁾ zugleich sind, entspricht einer früheren Tradition, die erst später durch ein liberales, nur defensives Verständnis abgelöst wurde⁶⁵⁾. Letzteres war freilich nie in reiner Form verwirklicht⁶⁶⁾.

Die Anerkennung auch positiver Gehalte steht nicht in einem eigentlichen Gegensatz zum Grundrechtsverständnis des Schweizerischen Bundesgerichts. In einem jüngeren Entscheid führt es aus, an der - bis anhin konstant gebrauchten - Formulierung, wonach die Grundrechte keine Ansprüche auf positive Leistungen des Staates vermittelten⁶⁷⁾, könne nach heutigem Verfassungsverständnis nicht unter allen Umständen festgehalten werden⁶⁸⁾. Aber auch die frühere Praxis entsprach keineswegs einer absoluten Ablehnung grundrechtlicher Leistungspflichten des Staates⁶⁹⁾. Das Bundesgericht betrachtete eben bestimmte grundrechtlich gebotene staatliche Verhaltensweisen als Unterlassungen oder Eingriffsminderungen, die ebensogut als Leistungen qualifiziert werden können⁷⁰⁾. Dies gilt für Vorkehren in Bereichen enger Verhältnisse zwischen Bürger und Staat, wie beim Haftvollzug sowie bei der Benützung des öffentlichen Grundes und auch staatlicher Leistungseinrichtungen⁷¹⁾. Die Unterscheidung zwischen Eingriff und

64 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 5; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 375f.; vgl. auch Hesse, Grundrechte, S. 431ff.

65 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 158f.; Trachsel, S. 20ff.

66 Trachsel, S. 23f., 36.

67 Diese Formulierung findet sich beispielsweise in BGE 105 Ia 337 E. 3d, 104 Ia 95 E. 5b, 103 Ia 378 E. 4a, 102 Ia 396 E. 9.

68 BGE 107 Ia 307 E. 4.

69 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 60; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 441; Saladin, Grundrechte, S. LI.

70 So hat das Bundesgericht seine Praxisänderung hinsichtlich der Geltung der HGF bei der Benützung des öffentlichen Grundes auch damit begründet, dass der Staat, wenn er öffentlichen Grund zu gewerblichen Zwecken zur Verfügung stelle, nicht unbedingt eine Leistung erbringen müsse, sondern dass dabei sehr oft blosses staatliches Dulden vorliege (BGE 101 Ia 480 E. 5b).

71 Trachsel verwendet dafür den Begriff "mittelbar grundrechtsrelevante Leistung". Die positiven staatlichen Vorkehren können in den genannten Bereichen enger Rechtsbeziehungen zwischen Bürger und Staat als Eingriffsminderungen betrachtet werden. Die Grundrechte kommen dann als Abwehrrechte zum Tragen (Trachsel, S. 266ff.).

Leistung vermag hier oft nichts Wesentliches zur Bestimmung des grundrechtlich geforderten staatlichen Verhaltens beizutragen⁷²⁾. Immerhin sei an die frühere Feststellung erinnert, dass auf blosses Unterlassen gerichtete Grundrechtsgehalte naturgemäss bestimmter sind als solche, die ein Tätigwerden in einer bestimmten Richtung erfordern. Dieser Tatsache kommt Bedeutung zu, wenn die Zuständigkeit zur Konkretisierung der verschiedenen Grundrechtsgehalte zu bestimmen ist.

E) Verteilen der Konkretisierungszuständigkeit

1. Subjektive und objektive Grundrechtsgehalte

Es ist Aufgabe aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer Tätigkeit einen Interessenausgleich zwischen Grundrechtspositionen und entgegenstehenden Verfassungszielen herzustellen⁷³⁾. Die Verschiedenheit der Staatsfunktionen hat Auswirkungen auf die Art und Weise, wie ihre Träger durch die Grundrechte verpflichtet werden. J.P. Müller veranschaulicht dies dadurch, dass er die Grundrechte in Schichten unterteilt und diese den verschiedenen Staatsorganen zur Konkretisierung zuweist⁷⁴⁾. Die im judiziellen Verfahren unmittelbar konkretisierbaren Grundrechtsgehalte zeichnen sich durch ihre normative Bestimmtheit aus, welche durch die Eindeutigkeit der Garantie oder durch die in konstanter Rechtsprechung entwickelte Verfestigung einer Grundrechtsposition begründet sein kann⁷⁵⁾. Andere Grundrechts-

72 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 20f.; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 442f.; Saladin, Grundrechte, S. 11; Trachsel, S. 146.

73 Vgl. Müller G., Privateigentum, S. 45, der auf die Ähnlichkeit im methodischen Vorgehen des Rechtssetzers und des Rechtsanwenders bei der Grundrechtskonkretisierung hinweist.

74 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 46ff.; ders., Soziale Grundrechte, S. 157f., (betreffend Rechtsgleichheit) S. 225f.

75 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 47f.

gehalte sind der Konkretisierung im Einzelfall zwar nicht unmittelbar, jedoch bei der Auslegung und punktuellen Korrektur bestehender Regelungen zugänglich⁷⁶⁾. Schliesslich setzen die Grundrechte auch Ziele der Gestaltung der Rechtsordnung, ohne die angesprochenen rechtssetzenden Organe auf eine bestimmte Art der Verwirklichung zu verpflichten⁷⁷⁾.

Bei der Abgrenzung der einzelfallmässig konkretisierbaren subjektiven von den durch den Gesetzgeber zu verwirklichenden objektiven Grundrechtsgehalten vermag der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts nicht entscheidend weiter zu helfen⁷⁸⁾. Dieser wird unter anderem zur Klärung der Frage herangezogen, welche von den durch die geltende Ordnung tatsächlich bewirkten Begünstigungen rechtlich durchsetzbar sein sollen⁷⁹⁾. Darüber, dass die Grundrechte auch auf dem Rechtsweg durchsetzbare Positionen beinhalten, besteht aber kein Zweifel⁸⁰⁾. Das Problem beruht auf der eben dargestellten Tatsache, dass sich die Grundrechtsgehalte auf die ganze Bestimmtheitsskala verteilen, die zwischen den fest umrissenen Grundrechtspositionen auf der einen und den grundrechtlichen Orientierungspunkten auf der anderen Seite liegt. Auch verläuft zwischen subjektiven und objektiven Grundrechtsgehalten keine scharfe, unverrückbare Grenze. Sie fliessen vielmehr ineinander über und sind zeitbedingten Wandlungen unterworfen⁸¹⁾. Als entscheidendes Kriterium erweist sich die Justiziabilität einer grundrechtlichen Position⁸²⁾. Darauf ist in den folgenden Abschnitten einzugehen.

76 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 49ff.

77 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 48f.; vgl. auch Scheuner, Diskussionsbeitrag zu VVDStRL 30/1971, S. 142ff.

78 Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 436f.; vgl. jedoch Häberle, Grundrechte, S. 122, der zwischen Grundrechten als subjektiven öffentlichen Rechten und Grundrechtsinteressen unterscheidet, die jenseits der justiziablen Gehalte liegen.

79 Vgl. Bachof, S. 294ff.

80 Vgl. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV.

81 Vgl. Mastronardi, S. 143, 145; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 19; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 440.

82 Vgl. betr. grundrechtliche Leistungsforderungen Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 64ff. m.w.H.

2. Konkretisierung von Grundrechtsgehalten durch den Richter

An sich ist jede rechtsanwendende Behörde zur Verwirklichung der Grundrechte verpflichtet. Im Interesse einer einheitlichen Grundrechtsgeltung wird diese Funktion spezifisch vom Verfassungsgericht wahrgenommen⁸³⁾. Es hat über die Achtung der Grundrechte durch alle anderen Staatsorgane zu achten. Diese Tätigkeit wird geprägt durch die in der Verfassung verankerte Teilung und Gewichtung der Gewalten⁸⁴⁾. Es wurde bereits festgehalten, dass die Schweizerische Bundesverfassung ausgeprägt die Zuständigkeit des demokratischen Gesetzgebers betont, über die grundsätzlichen, von der Verfassung nicht beantworteten Fragen zu entscheiden. Der politische Prozess erweist sich auch als geeigneter denn ein gerichtliches Verfahren, den weit offenen gesellschaftlichen Interessenausgleich sicherzustellen⁸⁵⁾. Als Hüter elementarer Positionen menschlicher Freiheit hat der Verfassungsrichter gegenüber dem Gesetzgeber nur einzuschreiten, wenn dieser seinen Gestaltungsspielraum durch verfassungswidrige Missachtung einer grundrechtlichen Position überschritten hat. Zudem mahnt die föderalistische Struktur der Schweiz das Bundesgericht zu einer gewissen Zurückhaltung gegenüber sämtlichen kantonalen Hoheitsakten⁸⁶⁾.

Die Grundrechtskonkretisierung durch den Verfassungsrichter bedingt, dass ihm ausreichend juristisch verwertbare Anhaltspunkte zur Verfügung stehen. Solche ergeben sich aus in der Verfassung enthaltenen Wertungen⁸⁷⁾, aber auch aus in der Tradition entwickelten und von

83 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 56.

84 Vgl. Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 470f.; Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 70; Trachsel, S. 87ff.

85 Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 70.

86 Kaufmann, S. 479.

87 So beispielsweise die in Art. 22 ter Abs. 2 BV umschriebenen Voraussetzungen der Einschränkung der Eigentumsgarantie; das durch Art. 49 Abs. 5 entschiedene Problem der Kollision der Religionsfreiheit mit einem anderen Verfassungsgut; die in Art. 4, 43 Abs. 4 u. 60 BV enthaltenen Angaben über nicht zulässige Gründe für rechtliche Unterscheidungen; vgl. auch Huber, Konkretisierung, S. 207.

der Rechtsgemeinschaft anerkannten Teilgehalten von Grundrechten⁸⁸⁾. Gewisse Gesichtspunkte können schliesslich der in der rechtlichen und gesellschaftlichen Wirklichkeit vorzufindenden Situation entnommen werden⁸⁹⁾. So sind möglicherweise veränderte Gerechtigkeitsvorstellungen von Bedeutung⁹⁰⁾. Vor allem aber ermöglichen durch den Gesetzgeber oder die Verwaltung vorgenommene Wertungen dem Richter, diese im Sinne der betroffenen Grundrechte weiterzuführen oder punktuell zu korrigieren⁹¹⁾. Hier kommt die flankierende Funktion der Grundrechte⁹²⁾ zum Tragen.

So wie der Uebergang von objektiven zu subjektiven Grundrechtsgelalten fliessend ist, zeigen sich auch innerhalb des Bereiches der richterlich konkretisierbaren Teilinhalte abgestufte Bestimmtheitsgrade. Dies manifestiert sich in unterschiedlichen methodischen Vorgehen des Bundesgerichts: Bei klassischen oder sonst erhärteten Grundrechtspositionen untersucht es, ob deren staatliche Beeinträchtigung durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sei. In anderen Fällen geht es nicht von feststehenden Positionen aus, sondern verlangt eine Güterabwägung im Lichte der auf dem Spiele stehenden Grundrechte oder umschreibt positiv, was grundrechtlich geboten sei⁹³⁾.

88 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 47f.; ders., Soziale Grundrechte, S. 22.

89 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 64.

90 Vgl. Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 21 betr. Frauenstimmrecht und Lohngleichheit von Mann und Frau.

91 Das beschriebene Vorgehen beim Einbezug der gesellschaftlichen, sozialen und rechtlichen Wirklichkeit bei der Grundrechtskonkretisierung ist nicht mit der im Zusammenhang mit der institutionellen Deutung genannten Gefahr verbunden, dass die Steuerungskraft der Grundrechte verloren gehe, weil deren Tragweite durch die in Institutionen verdichtete Wirklichkeit determiniert werde (zu diesem Einwand gegenüber der institutionellen Deutung Müller G., Privateigentum, S. 26ff., 42; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 13f.; Saladin, Grundrechte, S. LVI; zur gegenteiligen Befürchtung, die institutionelle Deutung führe zu einer unbegrenzten Anerkennung beliebiger Leistungsforderungen Trachsel, S. 138f. und besonders pointiert Martens, S. 32ff.).

92 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 49ff.; ähnlich betr. vom Gesetzgeber verwirklichte soziale Grundrechte Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 383.

93 Vgl. dazu Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 97ff.; ders., Soziale Grundrechte, S. 21f.

F) Einzelfallmässige Konkretisierung positiver Grundrechtsgehalte

1. Im allgemeinen

Nach vorherrschender Meinung der neueren Grundrechtslehre verläuft die Grenze zwischen objektiven und subjektiven Grundrechtsgehalten nicht entlang der Unterscheidung von Eingriff und Leistung⁹⁴⁾. Wie bereits erwähnt, hat auch das Bundesgericht trotz anders lautender Formulierungen verschiedentlich grundrechtliche Leistungspflichten des Staates bejaht⁹⁵⁾. Allerdings ist unübersehbar, dass Abwehrgehalte der richterlichen Konkretisierung viel eher zugänglich sind als Leistungsforderungen⁹⁶⁾. Bei leistungsorientierten Gehalten klassischer Grundrechte stellt sich zwangsläufig dasselbe Justiziabilitätsproblem, welches der Verankerung subjektivrechtlich formulierter sozialer Grundrechte entgegensteht⁹⁷⁾. Es zeigt sich, dass im Bereiche positiver staatlicher Vorkehren der Zuständigkeit des Gesetzgebers zur Entscheidung der grundsätzlichen Fragen besonderes Gewicht zukommt.

Zunächst haben sich in der geschichtlichen Tradition vorab grundrechtliche Abwehrpositionen zu justiziablen Gehalten entwickelt⁹⁸⁾.

Der Abwehrcharakter der Grundrechte wird in der Schweiz durch die kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde betont⁹⁹⁾. Diese steht der Anerkennung grundrechtlicher Leistungspflichten zwar nicht entgegen¹⁰⁰⁾. Das Gericht darf den Behörden verbindliche Weisungen erteilen, wenn der verfassungsmässige Zustand nicht schon mit der Aufhebung des kantonalen Entscheides hergestellt wird¹⁰¹⁾.

94 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 47f.; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 440; Trachsel, S. 6f.

95 Eine Uebersicht zur diesbezüglichen Rechtsprechung findet sich bei Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 60ff.

96 Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 472 unter 3c.

97 Siehe dazu vorne, unter Kap. 2/§ 3/I.

98 Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 57, Anm. 10; Trachsel, S. 182.

99 Kaufmann, S. 480.

100 Siehe Trachsel, S. 174ff.

101 Trachsel, S. 175 m.w.H.

Darüberhinaus kann aus den Entscheidungsgründen, welche zur Aufhebung eines Aktes geführt haben, klar hervorgehen, in welche Richtung die angesprochenen Behörden tätig zu werden haben⁽¹⁰²⁾.

Sodann sind auf die Unterlassung von Eingriffen zielende Teilgehalte bestimmter als solche, deren Verwirklichung nur durch staatliches Tätigwerden möglich ist, weil im letzteren Fall häufig Art und Umfang der Vorkehren offen bleiben⁽¹⁰³⁾. Dies gilt für alle Bereiche, wo politische Fragen vorliegen, zu denen der Verfassung keine juristisch begründbaren Lösungen zu entnehmen sind⁽¹⁰⁴⁾. Dazu gehört die staatliche Sozialgestaltung zu einem grossen Teil. Es kann nicht Aufgabe des Verfassungsrichters sein, den Grundrechten Massstäbe für den Einsatz und die Verteilung der staatlichen Mittel zu entnehmen⁽¹⁰⁵⁾. Er würde damit in den Finanzhaushalt des Gemeinwesens eingreifen, dessen Gestaltung eindeutig Domäne des demokratischen Gesetzgebers ist⁽¹⁰⁶⁾. Bei Leistungspflichten, welche mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden sind, besteht in einer Referendumsdemokratie zudem die Gefahr, dass der Richterspruch mangels der gesetzgeberischen Zustimmung zur erforderlichen Ausgabe ohne Verwirklichung bleibt⁽¹⁰⁷⁾. Dies wäre der Institution Verfassungsgericht abträglich⁽¹⁰⁸⁾. Sie ist auch nicht dazu geeignet, über grundsätzliche Fragen der Sozialgestaltung zu entscheiden⁽¹⁰⁹⁾. Abgesehen von allen bisher genannten Bedenken, wäre es auch mit der Rechtsstaat-

102 Siehe beispielsweise BGE 105 Ia 120ff. (Lohnungleichheit zwischen Mann und Frau), 102 Ia 292 (Anforderungen an Haftvollzug), 98 Ia 612ff. (Einrichtung von Wahllokalen).

103 So für staatliche Leistungspflichten Böckenförde, S. 1536; Martens, S. 31; vgl. auch Häberle, Grundrechte, S. 107f.

104 Als Beispiel aus dem Bereich staatlicher Schutzaufträge sei der Schutz des ungeborenen Lebens genannt (vgl. Aubert, *droits fondamentaux*, S. 165; Haller, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 467f.; Müller J.P., *Grundrechtstheorie*, S. 11f.).

105 Müller J.P., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 70; Trachsel, S. 183.

106 Aubert, *droits fondamentaux*, S. 164, 166f.; Böckenförde, S. 1536; Friesenhahn, S. G 21f.; Haller, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 472; Martens, S. 35; Trachsel, S. 183f.; ähnlich Häberle, *Grundrechte*, S. 107f.

107 Aubert, *droits fondamentaux*, S. 166; Trachsel, S. 185f.

108 Oppermann, *Diskussionsbeitrag zu VVDStRL 30/1971*, S. 168; Trachsel, S. 186.

109 Müller J.P., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 70; Haller, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 472 unter 3d; Trachsel, S. 183 betr. das Bildungswesen; vgl. auch Müller J.P., *Entscheidungsstrukturen*, insbes. S. 176ff.

lichkeit kaum vereinbar, wenn über weitgehend offene Fragen staatlicher Leistungsgewährung einzelfallmässig entschieden würde¹¹⁰⁾.

Aus den erwähnten Gründen sind der richterlichen Anerkennung grundrechtlicher Leistungsforderungen enge Grenzen gesetzt. In der Lehre ist die Teilhaberechtskonstruktion¹¹¹⁾ deutscher Verwaltungsgerichte¹¹²⁾ und des Bundesverfassungsgerichts¹¹³⁾ zum Teil auf scharfe Ablehnung gestossen, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen¹¹⁴⁾. Einige Autoren betrachten die Ableitung von Leistungsansprüchen aus Grundrechten immerhin für ausnahmsweise zulässig in Fällen, in denen das staatliche Untätigbleiben eine Grundrechtsposition ausserordentlich intensiv tangiert¹¹⁵⁾ oder wenn der entsprechende Richterspruch mit keinen erheblichen finanziellen oder organisatorischen Konsequenzen verbunden ist¹¹⁶⁾. Bei den vom Bundesgericht anerkannten Leistungsforderungen¹¹⁷⁾ sind wohl beide genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt.

110 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 196f.

111 Der Begriff des Teilhaberechts ist mehrdeutig: Es werden darunter die eben genannten Leistungsforderungen verstanden, aber auch Rechte, an Verfahren der Gestaltung und Zuweisung von Lebensgütern und Lebenschancen teilzunehmen (vgl. Rupp, S. 183).

112 Vgl. beispieelsw. Urteile der Verwaltungsgerichte Frankfurt u. Berlin in DVBl 84/1969, S. 940ff. u. DVBl 86/1971, S. 150ff.; BVerwGE 27, 360ff.

113 Vgl. BVerfGE 33, 303ff.

114 Vgl. Friesenhahn, S. G 29ff.; Martens, S. 25ff.; Hesse, Verfassungsrecht, S. 123f.; Rupp, S. 179ff.; weitere Hinweise auf ablehnende Lehrmeinungen bei Saladin, S. LIV und bei Trachsel, S. 188f.; Hinweise auf weitere Meinungsäusserungen bei Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 6f., Anm. 13.

115 Vgl. Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 90f. Er verweist darauf, dass das Bundesgericht die an sich dem Gesetzgeber zustehende Konkretisierung von Art. 46 Abs. 2 BV wegen dessen Untätigkeit selbst vorgenommen habe, weil die Doppelbesteuerung in einem Bundesstaat untragbar wäre (und das zu schaffende Kollisionsrecht zudem keine grundsätzlichen Fragen der Sozialgestaltung aufwerfe).

116 Aubert, droits fondamentaux, S. 164; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 65. Auch Häberle bezeichnet die Anerkennung derartiger Leistungsforderungen als Ausnahme (Häberle, Grundrechte, S. 84, Anm. 176, S. 89, 110f.).

117 Siehe einen Ueberblick bei Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 61ff.

2. Originäre und akzessorische Leistungsforderung

In der Lehre wird zwischen originären und akzessorischen oder derivativen Leistungsansprüchen unterschieden¹¹⁸⁾. Trachsel definiert die originären Leistungsrechte als "unmittelbar auf grundrechtlicher Grundlage bestehende subjektive Rechte auf eine staatliche Leistung, die unabhängig von einer bereits an andere erfolgten Leistungsgewährung gefordert werden können"¹¹⁹⁾. Beispiele sind der vom Deutschen Bundesverwaltungsgericht aus Art. 7 Abs. 4 des Grundgesetzes (Recht auf Errichtung von Privatschulen) abgeleitete Anspruch auf Privatschulsubventionierung¹²⁰⁾ oder das aus der Sprachenfreiheit geforderte Recht auf Schulunterricht in der Muttersprache¹²¹⁾. Die schweizerische Rechtsprechung ist gegenüber originären Leistungsforderungen sehr zurückhaltend¹²²⁾.

Als originär kann man die zum Haftrecht¹²³⁾ und zum prozessualen Armenrecht¹²⁴⁾ entwickelten Ansprüche betrachten. Allerdings stehen die Leistungsforderungen des Häftlings im Zusammenhang mit dem vorgängigen Freiheitsentzug, weshalb man auch von Eingriffsminderungen sprechen kann¹²⁵⁾. Die aus Art. 4 BV abgeleiteten armenrechtlichen Ansprüche lassen sich auch als Weiterführung bereits bestehender Leistungssysteme ansehen und stellen bei dieser Betrachtungsweise ebenfalls keine originären Leistungsforderungen dar¹²⁶⁾.

Keine originären Leistungen im oben genannten Sinn sind m.E. die für diese Arbeit besonders interessierenden kapazitätserweiternden Massnahmen bei öffentlichen Leistungseinrichtungen¹²⁷⁾. Das Interesse an derartigen Vorkehren gründet wesentlich auf der Tatsache, dass im Falle der Erschöpfung der Aufnahmefähigkeit wegen der Unteilbarkeit der vermittelten Leistung die Zugelassenen alles, die Abgewiesenen

118 Siehe Martens, S. 21ff.; Trachsel, S. 163.

119 Trachsel, S. 163.

120 BVerwGE 27, 360ff.; 23, 347ff.

121 Dazu Trachsel, S. 226ff.; BGE 100 Ia 462ff., 91 I 480ff.

122 Siehe Trachsel, S. 163ff.

123 Dazu Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 64; Trachsel, S. 291ff.

124 Dazu Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 62; Trachsel, S. 301ff.

125 Vgl. Trachsel, S. 266, 294ff.

126 Vgl. Trachsel, S. 200, 243, Anm. 10.

127 Trachsel behandelt dagegen den Hochschulausbau als originäre Leistung (S. 170ff.).

aber nichts erhalten¹²⁸⁾. Es knüpft somit, anders als originäre Leistungsforderungen, an bereits erbrachte Leistungen an. Dies ist das Kennzeichen akzessorischer Ansprüche, welche auf die Berücksichtigung von bisher aus dem Kreis der Begünstigten ausgeschlossenen Personen zielen¹²⁹⁾. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung beim Zugang zu den staatlichen Leistungseinrichtungen wird denn auch als typisches Beispiel derivativer oder akzessorischer Leistungsforderungen bezeichnet¹³⁰⁾. Allerdings ist dieser Anspruch nach der Auffassung von Martens generell durch die Erschöpfung der verfügbaren finanziellen Mittel bzw. der Kapazität der betreffenden Institution begrenzt¹³¹⁾. In dieser Absolutheit trifft dies nach meinem Dafürhalten nicht zu. Der Anspruch auf gleiche Begünstigung kann das Gemeinwesen auch zur Erweiterung seines Leistungsangebotes verpflichten¹³²⁾. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung steht nicht unter einem absoluten Finanzvorbehalt¹³³⁾. Dies gilt auch für die Erweiterung der Aufnahmefähigkeit anstattlich genutzter öffentlicher Einrichtungen. Wohl wird die einzelfallmässige Durchsetzung entsprechender Forderungen in der Regel an den Grenzen verfassungsgerichtlicher Leistungsverpflichtung scheitern, welche durch fehlende Justiziabilität, mangelnde funktionellrechtliche Zuständigkeit und Nichtdurchsetzbarkeit gesetzt werden¹³⁴⁾. Dies muss jedoch, wie zu zeigen sein wird, nicht immer der Fall sein. Die Vergrösserung des Leistungsangebotes geschieht nicht nur durch den grossangelegten Ausbau entsprechender Einrichtungen, über den ein Verfassungsgericht nicht entscheiden kann. Bisweilen kann eine Kapazitätserweiterung auch durch Massnahmen erreicht werden, welche mit verhältnismässig geringem finanziellen oder organisatorischen Aufwand verbunden sind¹³⁵⁾.

128 BGE 103 Ia 389; BVerfGE 33, 333.

129 Vgl. Martens, S. 21ff.; Trachsel, S. 242ff.

130 Trachsel, S. 242.

131 Martens, S. 25 m.w.H.

132 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 63 mit Hinweis auf BGE 105 Ia 120ff. betr. Lohngleichheit von Mann und Frau.

133 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 11.

134 Ausführlich dazu Trachsel, S. 170ff. betreffend Kapazitätserweiterung bei Hochschulen.

135 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1.

G) Grundrechtsverwirklichung im Bereich staatlicher Leistungen durch Verfahrens- und Zuständigkeitsregelungen

Da positive Grundrechtsgehalte im Vergleich zu den Abwehrrechten in weit geringerem Masse rechtlich durchsetzbar sind, wenden sich Lehre und Rechtsprechung vermehrt Forderungen nach grundrechtsadäquaten Entscheidungsverfahren über die Vergabe staatlicher Leistungen zu¹³⁶⁾.

Häberle hat den Begriff des status activus processualis geprägt¹³⁷⁾. Dieser zielt auf vielfältige Formen der Beteiligung am Entscheidungsprozess jener Personen und Personengruppen, die an der betreffenden Leistung ein grundrechtliches Interesse haben. Durch diese umfassenden "prozessuale Grundrechtskonkretisierung" soll ein Mehr an Grundrechtswirklichkeit erreicht werden, als durch die bloss nachträgliche verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung¹³⁸⁾. Allerdings stellen die sich aus dem status activus processualis ergebenden Beteiligungsrechte zum überwiegenden Teil Forderungen de constitutione ferenda dar¹³⁹⁾. J.P. Müller hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der Verfassungsstaat westlicher Prägung noch keine Verfahren hervorgebracht hat, die allen Bürgern eine optimale Wahrnehmung ihrer Interessen in der offenen Auseinandersetzung um die Verteilung der Güter gewähren¹⁴⁰⁾. Er stellt immerhin in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter der geltenden Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung Analogien zur Idee des structural due process fest, welche

136 Vgl. Häberle, Grundrechte, insbes. S. 86ff.; Hesse, Grundrechte, S. 434f.; Müller J.P., Entscheidstrukturen, S. 174ff.; ders., Soziale Grundrechte, S. 23ff., 261ff.; Trachsel, S. 5, 191 m.w.H.

137 Häberle, Grundrechte, S. 86ff.

138 Häberle, Grundrechte, S. 88.

139 Häberle, Grundrechte, S. 90; ders., Diskussionsbeitrag zu VVDStRL 30/1971, S. 149f.; auch Ossenbühl warnt davor, beliebige Rechte auf Verfahrensteilhabe als grundrechtsgeboten zu betrachten (siehe Ossenbühl Fritz, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 183ff., insbes. S. 190ff., 195).

140 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 23ff., 261ff.

in der amerikanischen Verfassungslehre von Laurence H. Tribe entwickelt wurde¹⁴¹⁾. Danach hängt die Legitimität einer staatlichen Massnahme von der Sachgerechtigkeit des Entscheid-Organes, des Entscheid-Verfahrens und der Begründung ab¹⁴²⁾. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem das von J.P. Müller als Beispiel genannte Vorgehen des Bundesgerichts, als es über den Numerus-clausus bei (Aus-)Bildungseinrichtungen zu entscheiden hatte¹⁴³⁾. Das Gericht behandelte die Zulassungsbeschränkung nicht eigentlich als Grundrechtsproblem, leitete dann jedoch aus den Gesichtspunkten des Gewaltentrennungs- und des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes eine differenzierte Zuteilung der Entscheidverantwortung zwischen Legislative und Exekutive ab¹⁴⁴⁾. Schliesslich behielt es sich die Beurteilung der Grundrechtskonformität einer konkreten Zulassungsverweigerung vor¹⁴⁵⁾. Letztlich ging das Bundesgericht doch von der Grundrechtsrelevanz der Numerus-clausus-Frage aus¹⁴⁶⁾, erblickte jedoch angesichts der Komplexität des Problems und der funktionellrechtlichen Stellung des Verfassungsgerichts seine Aufgabe vornehmlich darin, eine grundrechtsadäquate Verfahrensordnung sicherzustellen.

Bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Leistungsgewährung durch öffentliche Einrichtungen wird den genannten verfahrensrechtlichen Aspekten ebenfalls Rechnung zu tragen sein.

141 Müller J.P., Entscheidstrukturen, S. 169ff., insbes. S. 174ff.

142 Müller J.P., Entscheidstrukturen, S. 173.

143 Vgl. zum folgenden BGE 103 Ia 369ff., 394ff., 104 Ia 305ff.

144 BGE 104 Ia 308ff. E. 3, 103 Ia 401ff. E. 3, 374ff. E. II u. III.

145 Vgl. BGE 104 Ia 308 E. 2, 103 Ia 401 E. 2d, 389 E. 7d/bb;

Müller J.P., Entscheidstrukturen, S. 170f., 176f.

146 Vgl. Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 9; ders., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 115/1979, S. 120.

II. Grundrechte und anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen

Es geht in diesem Abschnitt vor allem darum abzuklären, inwiefern die Vermittlung von Leistungen durch staatliche Einrichtungen unter den Normbereich von Grundrechten der Bundesverfassung fällt. Im Sinne eines Ueberblickes wird auch auf die daraus zu ziehenden Folgerungen eingegangen.

A) Rechtsgleichheitsgebot

Das Rechtsgleichheitsgebot erfasst nicht einen bestimmten Ausschnitt von Lebenssachverhalten, sondern enthält Anweisungen für jegliches staatliches Handeln. Es hat deshalb zwangsläufig auch Geltung für die Leistungseinrichtungen des Gemeinwesens.

Art. 4 BV weist eine Vielzahl von Gehalten auf, die zum Teil weit über seinen Wortlaut hinausgehen. Davon sind jene Teilinhalte zu nennen, die für öffentliche Leistungseinrichtungen von besonderer Bedeutung sind.

1. Gleichbehandlungsgebot

Der Grundsatz rechtsgleicher Behandlung ist für das schweizerische Verfassungsrecht in Art. 4 Abs. 1 BV verankert. Daneben enthalten Art. 4 Abs. 2, Art. 43 Abs. 4 und Art. 60 BV spezifische Differenzierungsverbote. Hinzuweisen ist auch auf Art. 14 der vom Bundesgericht wie Verfassungsrecht gehandhabten EMRK¹⁴⁷⁾, der eine beispielhafte Aufzählung verpönter Motive rechtlicher Unterscheidung enthält.

¹⁴⁷ BGE 104 Ia 91f. E. 4, 102 Ia 381, 101 Ia 69 E. 2c; zum Rang der EMRK in der Schweiz siehe Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 177; Wildhaber, EMRK, S. 328ff.

Allerdings ergibt sich insofern eine gewichtige Einschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 14 EMRK, als diese Bestimmung keinen selbständigen allgemeinen Gleichheitssatz enthält, sondern nur im Zusammenhang mit andern in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen garantierten Rechten angerufen werden kann(148). Für die Vergabe von Leistungen durch den Staat ist Art. 14 EMRK deshalb nur insoweit von Belang, als Garantien der EMRK überhaupt darauf Bezug nehmen. Die EMRK konzentriert sich auf die Gewährung konkret formulierter ideeller und prozessualer Rechte(149). Anweisungen über die Verteilung von Leistungen, wie sie durch öffentliche Einrichtungen erbracht werden, sind den Vorschriften kaum zu entnehmen. Eine Ausnahme stellt allenfalls Art. 2 Satz 1 des 1. Zusatzprotokoll dar, das von der Schweiz unterzeichnet, bisher aber noch nicht ratifiziert worden ist(150). Inwiefern aus der Formulierung "Das Recht auf Bildung darf niemandem verwehrt werden" Leistungsansprüche gegen den Staat abgeleitet werden dürfen, ist umstritten(151). In einem den belgischen Sprachenstreit betreffenden Urteil hat der Europäische Gerichtshof festgehalten, dass diese Vorschrift den Anspruch auf diskriminationsfreien Zugang zu den bestehenden Erziehungseinrichtungen begründe, nicht aber ein klagbares Individualrecht auf den Bau oder Betrieb neuer Einrichtungen, auf die Subventionierung von Privatschulen oder auch nur eine programmatische Verpflichtung dazu(152). Immerhin genügt dies, um eine Überprüfung der Zulassungskriterien zu vorhandenen staatlichen Bildungsinstitutionen auf ihre Übereinstimmung mit Art. 14 EMRK zu ermöglichen(153).

Aus dem Gleichbehandlungsgebot ergibt sich für öffentliche Einrichtungen nach einhelliger Meinung von Lehre und Rechtsprechung, dass die Zulassungs- und Benützungsbedingungen unter gleichen tatsächlichen Verhältnissen für alle gleich sein müssen¹⁵⁴). Diese Anweisung ist der einzelfallmässigen Konkretisierung weitgehend zugänglich.

148 BGE 105 V 3f. E. b; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 178; Wildhaber, EMRK, S. 349f.

149 Vgl. Wildhaber, EMRK, S. 284ff.

150 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 3/III/B, Fn. 66.

151 Vgl. Guradze, S. 261f.

152 Vgl. zu dieser Entscheid vom 23. Juli 1968 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 214f. m.w.H.; Wildhaber, EMRK, S. 377.

153 Vgl. Guradze, S. 262.

154 BGE 103 Ia 374, 386f., 399, 100 Ia 291ff., 92 I 510; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 226ff.; Trachsel, S. 242 m.w.H.

2. Willkürverbot

Das Willkürverbot wird vom Bundesgericht aus Art. 4 BV abgeleitet¹⁵⁵⁾. In der Lehre wird ihm zum Teil ein eigenständiger Entstehungsgrund zugebilligt¹⁵⁶⁾. Neben seiner Verwendung bei der Umschreibung der bundesgerichtlichen Kognition hat der Willkürbegriff mit der Zeit eine gegenüber dem Gleichbehandlungsgebot selbständige inhaltliche Bedeutung erlangt¹⁵⁷⁾. Als Auffanggrundrecht¹⁵⁸⁾, Verbot groben Unrechts¹⁵⁹⁾, umfassendes Rechtsrichtigkeitsgebot¹⁶⁰⁾ oder rechtsstaatliche Mindestgarantie¹⁶¹⁾ eröffnet es die Möglichkeit, staatliche Akte unabhängig von einem Bezug zur Gleichbehandlungsforderung oder zu einem Freiheitsrecht daraufhin zu überprüfen, ob sie nicht dem Gerechtigkeitsgedanken beziehungsweise den herrschenden Gerechtigkeitsanschauungen zuwider liefen¹⁶²⁾. Hauptanwendungsfeld ist der Bereich der Rechtsanwendung¹⁶³⁾, doch können auch bei der Beurteilung von Akten der Rechtssetzung allgemeine Gerechtigkeitserwägungen

155 Anstelle vieler BGE 96 I 456.

156 Vgl. Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 76 m.w.H.; siehe auch Eyermann Erich, Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbotes? sowie Schweiger Karl, Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbotes, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayrischen Verfassungsgerichtshofes, München 1972, S. 45ff. u. S. 55ff.

157 Vgl. Knapp, principes, S. 173ff.; ausführlich dazu jetzt Huber Hans, Der Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 125ff.

158 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 165f.

159 Trachsel, S. 247.

160 Arioli, S. 17.

161 Haefliger, Rechtsgleichheit, S. 381.

162 Willkür kann auch vorliegen, wenn kein Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben ist (Haefliger, Rechtsgleichheit, S. 381; Müller J.P., Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 76f., Anm. 76). Siehe dazu jetzt auch Haefliger, Gleichheitssatz, S. 85f.

163 Willkürlich ist nach bundesgerichtlicher Praxis ein Entscheid, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 107 Ia 11 m.w.H.).

gegenüber dem Gleichbehandlungsgesichtspunkt im Vordergrund stehen¹⁶⁴⁾. Willkürlich ist ein Erlass gemäss bundesgerichtlicher

Rechtsprechung dann, wenn er sich nicht auf ernsthaft sachliche Gründe stützt oder wenn er sinn- und zwecklos ist¹⁶⁵⁾.

Für öffentliche Leistungseinrichtungen kommt dem Willkürverbot die Bedeutung zu, dass auch die gleichbehandelnde Leistungsvergabe gegen Art. 4 BV verstossen kann, wenn sie minimalen Gerechtigkeitsanforderungen nicht zu genügen vermag. Wohl unter diesem Gesichtspunkt hat das Bundesgericht die Einführung von Zulassungsbeschränkungen zu einem Lehrerseminar zum Zwecke der Bedarfslenkung auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 4 BV geprüft¹⁶⁶⁾.

Allerdings ist zu beachten, dass die aus dem Willkürverbot fliessenden Gerechtigkeitsanforderungen im Vergleich zum Gleichbehandlungsgebot bereits einen geringeren Bestimmtheitsgrad aufweisen. Ihre Konkretisierung ist im Verfahren der Einzelfallentscheidung nur in beschränktem Umfang möglich¹⁶⁷⁾.

3. Chancengleichheitsgebot

Die Einbringung dieses Rechtsgleichheitsgehaltes beruht auf der bereits erwähnten Erkenntnis, dass die rechtliche Verankerung von Garantien allein oft nicht genügt, um diese auch Wirklichkeit werden zu lassen. Vielmehr bedarf es der Angleichung der tatsächlichen

164 Vgl. etwa BGE 104 Ia 19ff. E. 4, 100 Ia 389f. E. 2b, 100 Ia 319ff. E. 6, 99 Ia 545 E. 5, 91 I 243 E. 4; vgl. auch Arioli, S. 17ff.; Weber-Dürler erachtet zwar den Willkürbegriff hinsichtlich Rechtssetzungsakten als Leerformel (Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, S. 171f.), doch erwähnt auch sie bei ihrer zweiten Prüfungsebene Fälle, bei denen der Bezug zur Gleichbehandlung fehlt (Rechtsgleichheit, S. 124f., 142ff.; siehe auch ihre entsprechende Anmerkung bei der Beurteilung des Willkürbegriffs, S. 173).

165 So jetzt ausdrücklich BGE 106 Ib 188 E. 4a.

166 BGE 103 Ia 400 E. 2b/aa; so auch Zenger, S. 27.

167 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 226; siehe die Ausführungen des Bundesgerichts zur Frage des gerechten Gesetzes in BGE 96 I 567 E. 2a; vgl. auch BGE 99 Ia 653f.

Voraussetzungen, unter denen von den verbürgten Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden kann¹⁶⁸⁾. Dies gilt namentlich auch für Befugnisse, welche durch Freiheitsrechte besonderen Schutz genießen¹⁶⁹⁾.

Eine Chancenangleichung im oben genannten Sinne kann auf unterschiedliche Weisen anvisiert werden. Verschiedenheiten können durch Rechtssetzung und Rechtsanwendung berücksichtigt werden, ohne dass sie beseitigt werden sollen, beziehungsweise, bei naturgegebenen Differenzen, beseitigt werden können. Insoweit liegt ein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes vor¹⁷⁰⁾, welches verlangt, dass tatsächlich Ungleiches auch ungleich behandelt werde. Durch staatliche Vorkehren kann aber auch auf den Abbau von gewissen Unterschieden hingewirkt werden. Angesprochen sind vor allem die ökonomischen und sozialen Ungleichheiten. Allerdings wird betont, dass deren totale Einebnung utopisch und auch nicht erstrebenswert wäre, weil sie mit der Auflösung der Freiheit erkaufte werden müsste¹⁷¹⁾.

Der Staat hat Gleichheit der Grundrechtsmöglichkeiten anzustreben, aber nicht unmittelbare Grundrechtswirklichkeit zu schaffen¹⁷²⁾.

In bezug auf öffentliche Leistungseinrichtungen folgt aus dem Chancengleichheitsgebot, dass die realen Möglichkeiten, die Institutionen zu benutzen, anzugleichen sind. Dies gilt namentlich dann, wenn es dabei um die Wahrnehmung grundrechtlich geschützter Befugnisse geht.

168 Vgl. Häberle, Grundrechte, S. 92, 96ff.; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S. 348ff., 383f.; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 220ff.; Saladin, Unerfüllte BV, S. 325 m.w.H.

169 Vgl. Zenger, S. 29, Anm. 104.

170 Wohl deshalb spielt der Chancengleichheitsbegriff in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine grosse Rolle, obwohl die Idee bei gewissen Urteilen, namentlich betreffend die Gleichbehandlung der Gewerbege nossen, Eingang gefunden hat (vgl. BGE 91 I 108 E. 2e); zum Chancengleichheitsgebot bei Schulaufnahmeprüfungen siehe jetzt BGE 108 Ia 22ff. sowie hinten, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4/b/aa.

171 Häberle, Grundrechte, S. 102; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S. 353f.; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 223ff.; Wildhaber, Soziale Grundrechte, S. 386f.

172 Häberle Peter, Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens, in: AöR 102/1977, S. 27ff., S. 34.

Als justiziabel erweist sich die genannte Forderung naturgemäss eher dort, wo ihr durch entsprechende Normierung und Handhabung der Zulassungsordnung nachgelebt werden kann. Dagegen obliegen Massnahmen zur Angleichung der ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen - etwa im Zusammenhang mit dem Stipendienwesen - angesichts der Offenheit ihrer Ausgestaltung in erster Linie dem Gesetzgeber¹⁷³⁾.

4. Weitere Gehalte

Neben dem Willkürverbot hat das Bundesgericht aus Art. 4 BV eine Reihe weiterer Gehalte entwickelt. Es handelt sich dabei um Grundsätze teils verfahrensrechtlicher¹⁷⁴⁾, teils materiellrechtlicher¹⁷⁵⁾ Natur. Ihre Gemeinsamkeit liegt wohl darin, dass sie alle als Folgen aus dem Willkürverbot betrachtet werden können, in dem Sinne, dass sie Bestandteil dessen sind, was unter Berufung auf minimale Gerechtigkeit muss gefordert werden können.

Auf diese Gehalte wird in dem den Verfassungsprinzipien gewidmeten Paragraphen eingegangen¹⁷⁶⁾.

173 Gygi, Wirtschaftsverfassung, S. 353f.; Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 221, 226.

174 Z.B. Anspruch auf rechtliches Gehör, prozessuales Armenrecht.

175 Z.B. grundsätzliches Verbot der Rückwirkung von Erlassen, Anforderungen an die Zulässigkeit des Widerrufs von Verwaltungsakten.

176 Siehe hinten, unter Kap. 2/§ 6.

B) Freiheitsrechte

1. Freiheitsrechtsrelevanz von Leistungen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen

Im folgenden ist zu untersuchen, ob und inwiefern öffentliche Leistungseinrichtungen für die Wahrnehmung garantierter Freiheitsrechte der BV bedeutsam sind. Darüber lassen sich keine für alle Institutionen in gleicher Weise gültigen Ausführungen machen. Massgebend ist die Natur der angebotenen Leistung. Die Frage wird deshalb für vier Typen von Leistungseinrichtungen erörtert.

a) Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen

Bildungseinrichtungen vermitteln vornehmlich Allgemeinwissen, Ausbildungseinrichtungen bereiten die Benützer auf spezifische Berufstätigkeiten vor(177). Zu den Bildungseinrichtungen gehören namentlich alle Institutionen der Grundschulbildung sowie die Mittelschulen. Dagegen sind Seminare für pädagogische Berufe und Techniken typische Ausbildungseinrichtungen. Auch die Hochschulen sind angesichts ihrer Entwicklung zu "Berufsbildungsanstalten"(178) eher zur letzteren Kategorie zu zählen. Die Berufsschulen wiederum vermitteln neben berufsspezifischer Fachlehre auch Allgemeinbildung. Der Uebergang zwischen Bildung und Ausbildung ist fliessend(179), wie sich soeben bei der Zuordnung einzelner Institutionen gezeigt hat. Dies hängt damit zusammen, dass Bildung, Berufswahl und -ausbildung verschiedene Stufen einer Entwicklung darstellen(180).

177 Siehe Hirtschulz, S. 309ff.; Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 178ff. zu Art. 12 GG.

178 Zenger, S. 4.

179 Vgl. Zenger, S. 5, 35.

180 Das Deutsche Bundesverwaltungsgericht hat offen gelassen, ob die Nichtversetzung eines Schülers in der Grundschule bereits einen derart intensiven Zusammenhang zur späteren Berufswahl aufweise, dass diese Massnahme neben der persönlichen Freiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG auch die Berufswahlfreiheit nach Art. 12 GG tangiere (BVerwGE 56, 157f.). Das Bundesverfassungsgericht hat den Ausschluss eines Benützers aus einer Einrichtung des zweiten Bildungsweges an Art. 12 GG gemessen, da die Massnahme infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sei, die Berufsfreiheit des Betroffenen zu beeinträchtigen (BVerfGE 41, 261f.).

Die Leistungsvergabe staatlicher Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen beschlägt die Normbereiche der HGF und der persönlichen Freiheit¹⁸¹⁾.

Die HGF gewährleistet unter anderem die Freiheit der Berufswahl¹⁸²⁾. Für die Inanspruchnahme dieses Grundrechtes sind staatliche (Aus-) Bildungseinrichtungen in verschiedener Hinsicht von Bedeutung: Wo für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ein Fähigkeitsausweis verlangt wird, stellen Schranken des Zuganges zur betreffenden Ausbildung zugleich Berufszulassungsschranken dar¹⁸³⁾. Derartige Lehrgänge werden in der Regel durch Institutionen des Gemeinwesens angeboten, wobei diesen häufig eine faktische Monopolstellung zukommt¹⁸⁴⁾.

Das Deutsche Bundesverfassungsgericht beurteilt Zulassungsschranken von Ausbildungsgängen, welche für die Ergreifung eines bestimmten Berufes obligatorisch sind, ähnlich streng wie Berufszulassungsvoraussetzungen selbst¹⁸⁵⁾.

Auf die tatsächlichen Chancen im Erwerbsleben nehmen staatliche Bildungs- und Ausbildungsgänge - entsprechend ihrem Stellenwert¹⁸⁶⁾ - indessen auch dort Einfluss, wo ihr Durchlaufen für die Zulassung zu einem Beruf nicht vorausgesetzt ist. Sie vermitteln den Absolventen auf dem Arbeitsmarkt erhebliche Vorteile¹⁸⁷⁾.

181 Ausführlich zum folgenden Zenger, S. 32ff.

182 BGE 102 Ia 122, 100 Ia 174f. E. 3a, 91 I 460 E. 2, 86 II 376 E. 4c; Zenger, S. 37 m.w.H.

183 Zenger, S. 38f.

184 Siehe BGE 103 Ia 389, BVerfGE 33, 333 betreffend die akademischen Ausbildungen.

185 Siehe BVerfGE 33, 329f.; vgl. auch BVerwGE 7, 287f.

186 Dieser ist besonders hoch bei gesamtschweizerisch institutionalisierten (Aus-)Bildungsgängen wie jenen der (vom Bund anerkannten) Mittelschulen (vgl. Vo über die Anerkennung von Maturitätsausweisen vom 22. Mai 1968, SR 413.11), aber auch der Höheren Technischen Lehranstalten (vgl. Vo über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Höheren Technischen Lehranstalten vom 8. Okt. 1980, SR 412.107.0; Vo über bestimmte Titel für Absolventen von Höheren Technischen Lehranstalten (Titelverordnung HTL) vom 8. Okt. 1980, SR 412.107.1; Vo über die Führung des Titels "Ingenieur HTL" in der Landwirtschaft vom 4. Jan. 1980, SR 412.191.2), der Technikerschulen (vgl. Vo über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Technikerschulen vom 25. Nov. 1982, SR 412.106.0) und der Höheren Wirtschafts- und Verwaltungsschulen (vgl. Vo über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Höheren Wirtschafts- und Verwaltungsschulen vom 1. Juni 1982, SR 412.108.0).

187 Zenger, S. 39.

Schliesslich ist auf die Auswirkungen hinzuweisen, welche für die Berufswahl von der allgemeinen Schulbildung ausgehen: Diese entscheidet nicht nur über den Zugang zu den weiterführenden staatlichen Ausbildungseinrichtungen, sondern wird auch immer wichtiger für die Verteilung der Lehrstellen im privatwirtschaftlichen Sektor¹⁸⁸⁾.

Die Tendenz, dass der Verlauf der Elementarschulbildung zum faktischen Berufszugangskriterium wird, verstärkt sich noch in Zeiten wirtschaftlicher Rezession¹⁸⁹⁾.

Die erwähnten Zusammenhänge zwischen staatlicher (Aus-)Bildung und Berufswahl blieben in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - wie bereits mehrfach erwähnt - nicht etwa völlig unberücksichtigt: So hat das Bundesgericht zu verstehen gegeben, dass eine kantonale Ausbildungslenkung nach dem Bedarf im Bereich privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten mit Art. 31 BV unvereinbar wäre¹⁹⁰⁾. In einem Fall, wo - bei der Aufnahme in einen kantonalen Bergführerkurs - unmittelbar die Möglichkeit der Berufsausübung auf dem Spiele stand, hat es eine Zulassungsverweigerung unter dem Gesichtspunkt der HGF geprüft¹⁹¹⁾.

Die Bedeutung von Bildung und Ausbildung beschränkt sich indessen nicht auf den Bereich des Erwerbslebens. Bildung ist grundlegende Voraussetzung für die persönliche Entfaltung ebenso wie für die sinnvolle Wahrnehmung der demokratischen Rechte in einer komplex

188 Zu Recht bezeichnet man die Schule als "Zuteilungsapparatur von Lebenschancen" (Häberle, Bundesverfassungsgericht, S. 730, Anm. 14).

189 In einem Zeitungsartikel nehmen Mittelstufenlehrer zum Vorwurf, es würden in der Stadt Zürich beim Uebertritt in die Oberstufe zuwenig Schüler der Oberschule zugeteilt, folgendermassen Stellung: Wesentlich mehr Zuweisungen zum genannten Oberstufentypus sind ihrer Meinung nach nicht angebracht, "denn für die betroffenen Kinder sind doch die Chancen, eine Lehrstelle zu finden, ganz allgemein eingeschränkt; auch die Berufspalette ist wesentlich kleiner. Und es ist nicht auszuschliessen, dass ihre Chancen angesichts der Rezession noch mehr schwinden." ("Tages-Anzeiger" vom 8. März 1983, S. 15).

190 Zenger, S. 45f.; BGE 103 Ia 401 E. 2c.

191 Siehe BGE 103 Ia 544ff., insbes. 552ff. E. 6c-d.

gewordenen Welt¹⁹²⁾. Auch prägt die Berufswahl das Leben eines Menschen weit über die eigentliche Erwerbstätigkeit hinaus¹⁹³⁾, was die Möglichkeit beruflicher Ausbildung noch bedeutsamer werden lässt¹⁹⁴⁾.

Die Berufstätigkeit beeinflusst das Milieu, in dem sich eine Person bewegt und ihre zwischenmenschlichen Beziehungen auch ausserhalb des Arbeitslebens(195).

Die zuletzt genannten Gesichtspunkte betreffen das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit, welches alle elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit schützt, die nicht durch ein anderes Grundrecht garantiert werden¹⁹⁶⁾. Das Bundesgericht hat - im Hinblick auf künftige Fälle - nicht ausgeschlossen, dass die Verweigerung des Zuganges zu einem staatlichen Ausbildungsgang die persönliche Freiheit verletzen könnte¹⁹⁷⁾.

Diese - m.E. zu begrüßende - Stellungnahme wird von der Lehre in zweierlei Hinsicht bemängelt: Erstens steht sie in den Numerus-clausus-Urteilen in einem gewissen Widerspruch zur grundsätzlichen, mit dem Abwehrcharakter der Freiheitsrechte begründeten Verneinung der Grundrechtsrelevanz von Zulassungsbeschränkungen(198). Sodann erscheint nicht einsehbar, weshalb das Gericht ein Eingreifen erst für den Fall der Verletzung des unantastbaren Kerngehalts der Persönlichkeit in Aussicht stellt(199).

In einem späteren Entscheid hat sich das Bundesgericht mit den erwähnten früheren Erwägungen nicht mehr weiter auseinander gesetzt.

192 Hirtschulz, S. 309ff.; Saladin, Recht auf Bildung, S. 137f.; Trachsel, S. 180, Anm. 68; Zenger, S. 34f. Der Bedeutung von Bildung für die persönliche Entfaltung entsprechend misst die deutsche Rechtsprechung Massnahmen im Schulbereich an Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. BVerwGE 56, 157f. m.w.H. betr. Nichtversetzung).

193 Zenger, S. 5f.

194 Vgl. BVerfGE 43, 315: Darnach beruht der Grundsatz, dass jedem hochschulreifen Staatsbürger an sich ein Recht auf Zulassung zum Studium seiner Wahl zusteht "auf der hohen Bedeutung freier Berufsentscheidungen für eine eigenverantwortliche Lebensführung in einem freiheitlichen Gemeinwesen".

195 Zenger, S. 5f.

196 BGE 108 Ia 60f. E. 4a m.w.H.; zum gegenwärtigen Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Aspekt der persönlichen Freiheit siehe Haller Walter, Die persönliche Freiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 95ff., S. 101ff.

197 BGE 104 Ia 308 E. 2, 103 Ia 389 E. 7d/bb, 401 E. 2d, 102 Ia 324f.

198 Trachsel, S. 193f.

199 Vgl. Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 116/1980, S. 249f., ZBJV 115/1979, S. 124; Zenger, S. 35f.

Es begnügte sich bei der Beurteilung des Numerus clausus an einer staatlichen Physiotherapeutenschule mit der Feststellung, dass die menschliche Würde und die persönliche Entfaltung der abgewiesenen Bewerber nicht als beeinträchtigt erschienen sowie dass die Frage nach der diesbezüglichen Tragweite des Grundrechts der persönlichen Freiheit in den früheren Entscheiden nicht definitiv beantwortet worden sei⁽²⁰⁰⁾.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, dass der Zugang zu staatlichen Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen sowohl die Berufswahlfreiheit als auch die persönliche Freiheit betrifft. Die beiden Garantien stehen diesbezüglich somit in einem Verhältnis der Konkurrenz zueinander⁽²⁰¹⁾. Die Zusammenhänge zwischen staatlicher (Aus-)Bildung und Berufszugang werden dabei primär durch die speziellere Berufswahlfreiheit abgedeckt. Der persönlichen Freiheit können zusätzliche Gesichtspunkte entnommen werden, wenn Massnahmen im staatlichen (Aus-)Bildungswesen die Persönlichkeitsentfaltung der Betroffenen besonders intensiv beeinflussen⁽²⁰²⁾. Darüber hinaus kommt dem Auffanggrundrecht hinsichtlich des spezifischen Aspektes der Berufswahl dort Bedeutung zu, wo der persönliche oder sachliche Geltungsbereich der HGF nicht hinreicht⁽²⁰³⁾.

b) Einrichtung der Alters- und Gesundheitspflege

Es wurde bereits erwähnt, dass in der Lehre die Anerkennung eines verfassungsmässigen Rechts auf minimale Fürsorge postuliert wird, weil die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten ohne die lebensnotwendigen Mittel illusorisch sei⁽²⁰⁴⁾. Neben der existenzsichernden fürsorgerischen Tätigkeit des Gemeinwesens weisen m.E. auch jene Leistungen öffentlicher Einrichtungen einen Grundrechtsbezug auf,

200 Nicht publiziertes Urteil vom 4. Dez. 1981 i.S. Goël.

201 Zenger, S. 32.

202 Vgl. Zenger, S. 36, wonach die persönliche Freiheit nur die grundlegenden Entscheidungen über Bildung und Ausbildung schütze.

203 Vgl. Zenger, S. 33; Saladin, Grundrechte, S. XLV; siehe dazu hinten, unter Kap. 3/§ 2/I/B.

204 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 3/III/A.

welche in Lebenshilfe ausserhalb des geradezu Daseinsnotwendigen bestehen. Zu denken ist an Alters-, Pflege- und Rehabilitationsheime sowie an Spitäler. Die Gesundheit fällt über die eigentliche Lebenserhaltung hinaus unter den Schutzbereich der persönlichen Freiheit²⁰⁵). Auch die Entscheidung darüber, wo der Betagte sein Leben verbringen soll, stellt eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung dar²⁰⁶).

Der Eintritt in ein Altersheim erfolgt in manchen Fällen unter einem gewissen Zwang. Er stellt dann für den alternden Menschen nicht die beste, sondern höchstens die bestmögliche Lösung dar. Die negativen Aspekte der Entwicklung, welche die frühere Tradition des Zusammenlebens mehrerer Generationen in einem Haushalt immer mehr zurückdrängt und den Bedarf von Altersheimen, Alterswohnheimen und Alterssiedlungen vergrössert, sind bekannt. Dies ändert aber nichts an der Bedeutung solcher Einrichtungen für diejenigen, die auf sie angewiesen sind.

c) Erschliessungseinrichtungen

Nach dem geltenden Raumplanungsrecht darf Land unter anderem nur dann überbaut werden, wenn es erschlossen ist²⁰⁷). Dazu bedarf es einer hinreichenden Zufahrt und - was hier besonders interessiert - des Anschlusses an Einrichtungen der Ver- und Entsorgung. Die Baulanderschliessung ist eine öffentliche Aufgabe²⁰⁸). Sie wird vom Gemeinwesen selbst oder von den Grundeigentümern nach den Plänen des Gemeinwesens erfüllt²⁰⁹).

Eine der wesentlichsten der durch die Eigentumsgarantie geschützten Befugnisse, nämlich das eigene Land zu überbauen, hängt somit ausser von der Zonenzuordnung von der Möglichkeit des Anschlusses an die - in der Regel vom Gemeinwesen getragenen - Erschliessungsanlagen ab.

205 Ausführlich zur Gesundheit als Schutzgut der persönlichen Freiheit Gross, S. 49ff.; Keller, S. 78ff.; von Wartburg, S. 38ff.

206 Häberle erwähnt bei seiner Aufzählung grundrechtsrelevanter öffentlicher Einrichtungen auch die Altersheime (Häberle, Grundrechte, S. 119).

207 Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG.

208 Art. 19 Abs. 1 RPG.

209 Art. 19 Abs. 2 RPG; vgl. Pr. 72/1983 Nr. 125, S. 344 E. 4c.

Das eidgenössische Gewässerschutzgesetz statuiert einen Anschlusszwang für die Abwässer von Bauten im Bereiche der öffentlichen und der öffentlichen Zwecken dienenden privaten Kanalisation⁽²¹⁰⁾. Bei der Verteilung von Gas, Wasser und Elektrizität kommt den Gemeinden eine faktische Monopolstellung zu, da sie sich das Recht vorbehalten können, die erforderlichen Leitungen in den öffentlichen Grund einzutragen⁽²¹¹⁾. Die Versorgungsaufgabe wird denn auch meistens von den Gemeinden oder speziellen öffentlichrechtlichen Organisationen wahrgenommen.

Das Bundesgericht weist auf den erwähnten Zusammenhang zwischen staatlichen Erschliessungsleistungen und der Realisierung der Eigentumsfreiheit hin⁽²¹²⁾, ohne jedoch daraus einen Erschliessungsanspruch des Eigentümers von Land abzuleiten, welches gemäss der Zonenzuordnung überbaubar wäre⁽²¹³⁾.

d) Freizeiteinrichtungen

Die widmungsgemässe Benützung von öffentlichen Freizeitanlagen wie Sportplätzen, Schwimmbädern, Parks und dergleichen steht nicht unter dem Schutz eines speziellen Freiheitsrechtes. Die einzig überhaupt in Betracht kommende persönliche Freiheit schützt nur elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung⁽²¹⁴⁾. Solche stehen bei der Leistungsvergabe der erwähnten Einrichtungen ebensowenig auf dem Spiel wie beispielsweise beim Verbot, Geldspielautomaten zu betätigen⁽²¹⁵⁾ oder bei einem für Wasserzonen angeordneten Schifffahrtsverbot⁽²¹⁶⁾. Massstab für das Benützungswesen von staatlichen Freizeitanlagen sind das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot⁽²¹⁷⁾.

210 Art. 18 Abs. 1 GSchG.

211 Siehe Art. 46 Abs. 3 des BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (SR 734.0); ausführlich zum Energieverteilungsmonopol Imboden/Rhinow, Nr. 120.

212 BGE 92 I 510 E. 2a.

213 BGE 105 Ia 337 E. 3d, 92 I 509f. E. 2a.

214 BGE 101 Ia 345ff. E. 7 m.w.H. u. seitherige Rechtsprechung.

215 BGE 101 Ia 347 E. 7b.

216 BGE 108 Ia 61f. E. 4.

217 Siehe BGE 100 Ia 287ff. betr. Benützung eines gemeindeeigenen Kleinhallenbads.

2. Folgerungen aus der Freiheitsrechtsrelevanz von Leistungen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen

Die Bestandesaufnahme bei den vier Typen von öffentlichen Einrichtungen hat die frühere Feststellung bestätigt, dass es zwischen der Wahrnehmung gewisser grundrechtlich geschützter Befugnisse und der staatlichen Vermittlung von Leistungen Abhängigkeiten gibt²¹⁸⁾.

Worin die entsprechenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen bestehen, hängt zunächst von Art und Intensität der Wechselbeziehung zwischen gewährender Tätigkeit des Gemeinwesens und Freiheitsrechtsverwirklichung ab.

Einzelne Leistungen werden ausschliesslich durch staatliche Institutionen erbracht, andere auch von privaten Einrichtungen angeboten. Es macht auch einen Unterschied aus, ob eine Institution "Grundrechtsschancen" vermittelt oder aber gar deren Benützung zur Wahrnehmung einer bestimmten Befugnis von Rechts wegen unabdingbar ist.

Die Anforderungen an die Vergabe freiheitsrechtsrelevanter Leistungen durch das Gemeinwesen erweisen sich sodann in unterschiedlichem Masse justiziabel, je nach dem, ob sie sich auf die Teilhabe an Verfügbarem beziehen oder ob sie die Frage nach der Höhe des staatlichen Aufwandes beschlagen.

Soweit es um die Verteilung des vorhandenen Angebotes geht, ergeben sich entsprechende Sachgerechtigkeitsanforderungen bereits aus dem Rechtsgleichheitsgebot²¹⁹⁾. Diese erhöhen sich, wenn die Wahrnehmung grundrechtlich geschützter Befugnisse auf dem Spiele steht.

Rechtsgleichheitsgebot und Freiheitsrechte stehen nicht isoliert nebeneinander. Sie treten in ein Verhältnis der Spannung zueinander, können sich aber auch gegenseitig verstärken und ergänzen⁽²²⁰⁾. Insbesondere kommt der Forderung nach rechtlicher Gleichheit in freiheitsrechtlich geschützten Bereichen besonderes Gewicht zu⁽²²¹⁾.

218 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/D.

219 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/A.

220 Klopfer, S. 47.

221 Fleiner Th., positive Leistungen, S. 75f.; Klopfer, S. 49; Zenger, S. 29f. mit Hinweis auf BGE 106 Ib 188f. E. 4a; vgl. auch Venanzoni, der unter Bezugnahme auf BGE 104 Ia 379 ausführt: "Bezieht sich das Gebot der Rechtsgleichheit auf einen durch ein spezielles Grundrecht geschützten Bereich, so geht die neuere Rechtsprechung offenbar davon aus, dass die innere Rechtfertigung der getroffenen Unterscheidungen eingehender zu prüfen sei, als wenn ein sonstiger Rechtsbereich in Frage stehe" (Venanzoni Reto, Konkurrenz von Grundrechten, in: ZSR N.F. 98/1979 I, S. 267ff., S. 291).

Dies gilt wie für staatliche Eingriffe auch für freiheitsrechtsrelevante Leistungen des Gemeinwesens⁽²²²⁾. In diesem Zusammenhang ist auf das dem Rechtsgleichheitssatz entstammende Chancengleichheitsgebot hinzuweisen, welches seine Wirkung vorab im Bereich der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit entfaltet⁽²²³⁾.

Ueber die Verstärkung der Forderung nach "Verteilungsgerechtigkeit" hinaus können betroffenen Freiheitsrechten auch einzelne spezifische Anweisungen über das Wie der Leistungsvergabe durch öffentliche Einrichtungen entnommen werden. Sie beziehen sich namentlich auf die Voraussetzungen, von denen der Zugang zu einer Institution abhängig gemacht werden darf⁽²²⁴⁾ sowie auf die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses von Leistungseinrichtungen⁽²²⁵⁾.

Schwieriger wird die einzelfallmässige Konkretisierung betroffener Freiheitsrechte, wenn der Umfang des staatlichen Leistungsangebotes in Frage steht. Dies ist der Fall, wenn es die ökonomischen Rahmenbedingungen zu regeln gilt, unter denen von öffentlichen Leistungseinrichtungen Gebrauch gemacht werden kann. Zu denken ist neben den eigentlichen Benützungskosten auch an staatliche Beihilfen, insbesondere an die Stipendien im (Aus-)Bildungswesen. Unmittelbar den staatlichen Aufwand betrifft sodann die Problematik der Erweiterung von im Verhältnis zur Nachfrage ungenügenden Leistungskapazitäten. Die hier heranzuziehenden positiven Freiheitsrechtsgehalte verdichten sich weniger leicht zu justiziablen Positionen als andere Grundrechtsforderungen⁽²²⁶⁾. Allerdings zeigt die bundesgerichtliche

222 Vgl. Häberle, Bundesverfassungsgericht, S. 734 betreffend die Verbindung von Sozialstaatsprinzip und Gleichheitssatz in bezug auf grundrechtliche Freiheit. Im oben, Fn. 221 zitierten BGE 104 Ia 377ff. geht es um den Zugang zu staatlicher Information.

223 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/A/3.

224 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 2.

225 Es sei an die bereits früher erwähnte deutsche Rechtsprechung erinnert, wonach der Ausschluss von Benützern aus Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen an der persönlichen Freiheit bzw. der Berufswahlfreiheit gemessen wird (vgl. BVerfGE 41, 261f.). Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Versorgungssperre durch öffentliche Erschliessungsanlagen (vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 56/B/III/b) hängt damit zusammen, dass die betreffenden Leistungen Bezüge zur Eigentumsgarantie und zur persönlichen Freiheit aufweisen.

226 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/F.

Rechtsprechung, dass auch (zusätzliche) Leistungen des Gemeinwesens grundrechtlich verlangt sein können²²⁷).

Bei der Praxis zum gesteigerten Gemeingebrauch zu ideellen Zwecken haben sich entsprechende Grundrechtspositionen schon so weit verfestigt, dass von einem "bedingten Anspruch" auf Benützung des öffentlichen Grundes die Rede ist²²⁸).

227 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/F.

228 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 62; BGE 105 Ia 95 E. 4a.

§ 5 Grundsatz der Gewaltentrennung

Das Bundesgericht spricht dem Gewaltentrennungsgrundsatz die Qualität eines verfassungsmässigen Rechts zu¹⁾. Er hat auch in jenen Kantonen Geltung, deren Verfassungen ihn nicht ausdrücklich formulieren, weil er dennoch der Aufteilung der Staatsfunktionen zugrunde liegt²⁾.

In dieser Arbeit ist der Grundsatz der Gewaltentrennung als Grundlage des Gesetzmässigkeitsprinzips von Interesse, weil letzterem formellrechtliche Anforderungen an die Zulassungsordnungen zu entnehmen sind. Sie beziehen sich auf die Regelungszuständigkeit und auf die Regelungsintensität.

1 Saladin Fairness, S. 79; Marti, S. 38; vgl. die gleich unten, in Fn. 2 zitierten Entscheide.

2 BGE 102 Ia 64, 93 I44; betreffend die Legitimation zur Anrufung des Grundsatzes siehe BGE 105 Ia 359 E. d.

2. ABSCHNITT:

VERFASSUNGSPRINZIPIEN UND WEITERE VERFASSUNGSNORMEN

§ 6 Verfassungsprinzipien

I. Herleitung und Rechtsnatur im allgemeinen

Das Bundesgericht hat im Verlaufe seiner Rechtsprechung eine Reihe von Geboten zur Anwendung gebracht, die sich auf keine ausdrückliche Grundlage im Verfassungstext stützen können¹⁾. Es handelt sich neben verschiedenen verfahrensrechtlichen Grundsätzen²⁾ um die Prinzipien der Gesetzmässigkeit, der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses sowie um verschiedene Ausprägungen des Vertrauensschutzes³⁾. Sie werden zum Teil als Ableitungen des Art. 4 BV bezeichnet⁴⁾.

Das Bundesgericht hat die Anwendung der genannten Prinzipien in den meisten Fällen nicht dogmatisch begründet(5). Als prägnanteste Erklärung bezeichnet Saladin die vom Gericht gelegentlich gemachte Äusserung, dass es dem Gleichheitssatz seit jeher eine weit über den Wortlaut hinausgehende Bedeutung zugemessen und darin die Grundlage des Rechtsstaates erblickt habe(6). Für ihn liegt all diesen Geboten das Prinzip der Fairness zugrunde, das er als essentiellen Bestandteil der Rechtsstaatsidee bezeichnet(7). Nach der Meinung von Knapp ist einem Prinzip dann Verfassungsrang zuzuerkennen, wenn dieses für die staatliche Ordnung von fundamentaler Bedeutung ist und es sich aus der Auslegung der Verfassung zwingend ergibt(8). A. Grisel ist der Auffassung, dass die Verfassungsprinzipien in allen verfassungs-

1 Vgl. einen Ueberblick bei Saladin, Fairness, S. 43ff.

2 Zu nennen sind etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör (Saladin, Fairness, S. 44ff.) und das prozessuale Armenrecht (Saladin, Fairness, S. 49ff.).

3 Beispiele: das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung von Erlassen und das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben; vgl. auch das 2. Kapitel des VE BV: Grundsätze staatlichen Handelns, Art. 4 u. 5.

4 Siehe den Untertitel bei Saladin, Fairness: "Die aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Grundsätze"; vgl. Knapp, principes, S. 167.

5 Saladin, Fairness, S. 82.

6 Saladin, Fairness, S. 83.

7 Saladin, Fairness, S. 85ff.

8 Knapp, principes, S. 169; von gewisser Bedeutung ist seines Erachtens auch, ob das politische System und die Tradition unabhängig vom Verfassungstext ein bestimmtes Prinzip implizieren.

mässigen Rechten enthalten seien und daher nicht der Herleitung allein aus Art. 4 BV bedürften⁹⁾. Seine These, wonach die Verfassungsprinzipien die Grenzen staatlicher Beeinträchtigungen der Freiheitsrechte markierten¹⁰⁾, lässt sich anhand der Erfordernisse des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit gut veranschaulichen. Dagegen können den Prinzipien des Vertrauensschutzes bestimmte Fallkonstellationen zugewiesen werden, welche sie wie ein Grundrecht selbständig regeln¹¹⁾.

Kommt einem Prinzip Verfassungsrang zu, so bindet es - wie die verfassungsmässigen Rechte - nicht nur Justiz und Verwaltung sondern auch den Gesetzgeber¹²⁾. Der Unterschied zu den verfassungsmässigen Rechten liegt darin, dass die Prinzipien nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit einem bestimmten verfassungsmässigen Recht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde angerufen werden können¹³⁾.

Das genannte Abgrenzungsmerkmal verliert allerdings mit der Anerkennung des Willkürverbotes als selbständiges verfassungsmässiges Recht¹⁴⁾ an Gewicht. Die anerkannten Prinzipien oder zumindest Teilgehalte von ihnen können nämlich als Ausprägungen der durch das Willkürverbot geschützten Garantie minimaler Gerechtigkeit betrachtet werden. Dann ist ihre Geltendmachung auch in Fällen möglich, wo keine Verletzung eines Freiheitsrechtes oder des Gleichbehandlungsgebotes zur Diskussion steht. Dies ist in der bundesgerichtlichen Praxis bei den Vertrauensprinzipien der Fall. Das Gericht hat sie, wie bereits erwähnt, für bestimmte Problemkategorien zu selbständigen Normen verdichtet¹⁵⁾, die es unabhängig von einem speziellen Grundrechtsbezug der Streitsache zur Anwendung bringt¹⁶⁾. Dagegen kommen die Prinzipien des öffentlichen Interesses und der Verhältnis-

9 Grisel A., Droit public, S. 147.

10 Grisel A., Droit public, S. 146f.

11 Mastronardi, S. 162f.; so das Problem des Widerrufs von Verwaltungsakten durch die vom Bundesgericht aus dem Rechtssicherheitsgebot entwickelten Kriterien; die Frage der Bindung einer Behörde an ihre eigenen Auskünfte durch die dem Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben entnommenen Regeln.

12 Vgl. Knapp, principes, S. 167.

13 Grisel A., Droit public, S. 147; Knapp, principes, S. 168.

14 Diese entspricht der Praxis des Bundesgerichts und wird auch von der Lehre befürwortet (vgl. Knapp, principes, S. 173ff.).

15 Saladin, Fairness, S. 71.

16 Vgl. für das Gebot der Rechtssicherheit BGE 105 Ia 316 E. 2; für das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben BGE 103 Ia 508, wo das Bundesgericht eine Beschränkung der Ueberprüfung auf Willkür ablehnte, wenn keine Freiheitsrechte auf dem Spiele stehen; für das Rückwirkungsverbot BGE 102 Ia 71 (in diesem Entscheid plädierte das Gericht für eine Willkürprüfung in Fällen ohne Freiheitsrechtsbezug).

mässigkeit - von einigen Ausnahmen in neueren Entscheiden abgesehen(17) - nur als Kriterien der freiheitsrechtlichen Güterabwägung zum Tragen. Teilgehalte von ihnen werden allerdings ebenfalls durch das Willkürverbot miterfasst(18). Die Anrufung des Gesetzmässigkeitsprinzips schliesslich ist dank dessen engen Zusammenhang zum Gewaltentrennungsgrundsatz auch möglich, wenn dem Prozessgegenstand (nach der Auffassung des Bundesgerichts) keine Freiheitsrechtsrelevanz zukommt(19).

Nicht mit der Unterscheidung von Verfassungsprinzip und verfassungsmässigem Recht identisch ist die Abgrenzung von Grundsatz und Norm, die vor allem von Esser geprägt wurde(20). Darnach stellt ein Rechtsprinzip dann keine Rechtsnorm im technischen Sinne dar, "solange es keine verbindliche Weisung unmittelbarer Art für einen bestimmten Fragenbereich enthält, sondern die judizielle oder legislative Ausprägung solcher Weisungen verlangt oder voraussetzt"(21). In Anlehnung daran wird, wie schon erwähnt, das verfassungsmässige Recht der Rechtsgleichheit verschiedentlich als Verfassungsgrundsatz bezeichnet(22). Nach der Auffassung von Mastronardi wirkt sich sogar jedes Grundrecht je nach der konkret zu beurteilenden Frage als Norm oder als Grundsatz aus(23).

II. Anerkannte Verfassungsprinzipien

Im folgenden ist in Kürze darzutun, inwiefern die vom Bundesgericht zur Anwendung gebrachten Verfassungsprinzipien bei der Leistungsvergabe durch staatliche Einrichtungen zu beachten sind. Nicht näher eingegangen wird auf jene Prinzipien, welche sich spezifisch auf das Verwaltungsverfahren beziehen.

17 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 139, mit Hinweis auf BGE 105 Ia 98ff., 219ff., 104 Ia 187ff., in denen das Bundesgericht das Verhältnismässigkeitsprinzip wie ein selbständiges Grundrecht behandelte; siehe auch BGE 108 Ia 61, wo es die Verhältnismässigkeit eines Schiffsverkehrsverbotes prüfte, obwohl es die Tangierung der angerufenen persönlichen Freiheit verneinte.

18 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 139f.

19 Vgl. BGE 104 Ia 305ff., 445f., 103 Ia 369ff., insbes. S. 380ff. E. 5.

20 Esser Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964.

21 Esser, a.a.O., Fn. 20, S. 50.

22 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4 vor I.

23 Mastronardi, S. 161f.

A) Gesetzmässigkeit

Die Anwendung des Gesetzmässigkeitsprinzipes hat in der bundesgerichtlichen Judikatur je nach dem Inhalt des zu beurteilenden Staatsaktes eine unterschiedliche Begründung erfahren: Seit jeher war die gesetzliche Grundlage eine Voraussetzung für die Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in Freiheitsrechte²⁴⁾. Aus Art. 4 BV abgeleitet hat das höchste Gericht das Legalitätsprinzip hinsichtlich Abgaben und Strafen²⁵⁾. In bezug auf die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bestanden bei den verschiedenen Bereichen kaum zu rechtfertigende Unterschiede²⁶⁾.

Der Grund dafür liegt wohl darin, dass sich die im Gesetzmässigkeitsprinzip vereinigten Erfordernisse auf verschiedene Grundgedanken zurückführen lassen(27):

Aus dem allen kantonalen Verfassungen zugrunde gelegten Gewaltentrennungsgrundsatz(28) ergibt sich die Verteilung der Entscheidungsbefugnisse auf die verschiedenen Organe des Gemeinwesens. Dabei spielt in der Schweiz der Schutz des Mitspracherechtes der Stimmbürger eine wichtige Rolle. Von den staatlichen Entscheidungen sind die grundsätzlichen, wichtigen, in einem durch den demokratischen Gesetzgeber erlassenen Gesetz im formellen Sinne zu verankern(29). Dieser Aspekt kommt hauptsächlich in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Schranken der sogenannten Gesetzesdelegation zum Ausdruck(30). Die dort

24 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 106ff.

25 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 112ff.; Saladin, Fairness, S. 64ff.; nach Knapp, principes, S. 170, macht das Bundesgericht das Legalitätsprinzip im Abgabebereich mangels Abstützung auf Art. 4 BV zum selbständigen verfassungsmässigen Recht. In dem von ihm als Beispiel genannten BGE 99 Ia 652 geht es jedoch um die Grundsätze der Allgemeinheit, Gleichmässigkeit und Verhältnismässigkeit der Besteuerung, deren Herleitung aus Art. 4 BV im übrigen begründet wird.

26 Vgl. Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 112f.

27 Vgl. Rhinow, Methodik, S. 197, Anm. 9: "Das Legalitätsprinzip schwankt in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung zwischen dem Erfordernis der Gesetzesform in seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Legitimierung und dem Erfordernis des Rechtssatzes aufgrund einer liberalen und gleichheitsgewährleistenden Rechtfertigung."

28 Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist eine Ausprägung des als verfassungsmässiges Recht anerkannten Grundsatzes der Gewaltentrennung (siehe Imboden Max, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in: Imboden Max, Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 3ff., S. 5; vgl. auch BGE 104 Ia 445f., 103 Ia 380f., 383 E. 6d, 102 Ia 392 E. 8a).

29 Siehe dazu Müller G., Rechtssetzung, S. 71ff., 107ff. m.w.H.

30 Saladin, Grundrechte, S. XLVII.

statuierten Bestimmtheitsanforderungen an die Delegationsnormen gelten aber, soweit sie demokratisch motiviert sind, ebenso für Gesetzesvorschriften, die ohne Dazwischenschalten eines Erlasses unterer Stufe direkt durch die Verwaltung angewendet werden. In dem Masse, in dem es dem Gesetzgeber nach den Delegationsgrundsätzen unter sagt ist, bestimmte Entscheidungen durch Ermächtigung zum Erlass entsprechender Verordnungen der Exekutive zu überlassen, muss es ihm auch verboten sein, unmittelbar anwendbare Gesetze derart offen und unbestimmt auszugestalten, dass die Entscheidungen tatsächlich durch die rechtsanwendenden Behörden getroffen werden(31).

Auf das liberale Denken des 19. Jahrhunderts ist zurückzuführen, dass die Lehre vom Gesetzesvorbehalt lange Zeit ausschliesslich auf staatliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum ausgerichtet war(32). Von daher rührt wohl auch die Besonderheit, dass das Bundesgericht nicht nur für Grundrechtsbeschränkungen, sondern auch für Abgabenerhebungen besonders hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage stellt(33).

Das Gesetzmässigkeitsprinzip wird schliesslich auch durch das Rechtssicherheits- und das Rechtsgleichheitsgebot mitgeprägt. Diese Grundsätze garantieren Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit sowie gleichmässige Anwendung des Rechts. Den genannten Forderungen kommt eine generell-abstrakte Normierung zukünftiger Entscheide entgegen(34). Das Rechtssicherheits- und das Rechtsgleichheitsgebot sind deshalb bei der Frage heranzuziehen, ob und in welcher Dichte und Bestimmtheit eine bestimmte Materie generell-abstrakt zu regeln ist, gleichgültig auf welcher Stufe der Rechtssetzung(35). Spezifisch nur mit diesem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt hat sich das Bundesgericht

31 Müller G., Rechtssetzung, S. 93ff.; Steinmann, S. 77.

Vom rechtsstaatlichen Gesichtspunkt aus macht es freilich einen Unterschied, ob eine gesetzliche Vorschrift einzelfallmässig oder in einem Erlass unterer Stufe konkretisiert wird (Müller G., Rechtssetzung, S. 87). Die Frage nach dem Erfordernis des Rechtsatzes entscheidet sich nach den Geboten der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit (siehe dazu gleich unten).

32 Vgl. BGE 103 Ia 380 E. 5; Saladin, Grundrechte, S. XLVIII, wo kritisiert wird, dass der in dieser Hinsicht "vorbelastete" Begriff des Gesetzesvorbehaltes ausgerechnet in den Numerus-clausus-Urteilen lanciert wurde, welche die Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzipes in der Leistungsverwaltung erhellten.

33 Vgl. dazu Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 112f.

34 Müller G., Rechtssetzung, S. 82ff.

35 Müller G., Rechtssetzung, S. 82ff., 90ff.; Steinmann, S. 66ff., 73ff.

Das Deutsche Bundesverfassungsgericht leitet die Forderung nach hinreichender Klarheit und Bestimmtheit von Erlassen ausser vom Gewaltentrennungsgrundsatz auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ab (Rhinow, Methodik, S. 262; Saladin, Fairness, S. 63; siehe neben den dort zitierten Entscheiden auch BVerfGE 45, 399).

selten beschäftigt³⁶⁾. Er ist jedoch das wesentliche Motiv dafür, dass für bestimmte staatliche Massnahmen eine gesetzliche Grundlage im materiellen Sinne verlangt wird. Das Rechtssatzerfordernis ist zwar durch die neuere Rechtsprechung zum Delegationsproblem, wonach die Grundzüge einer Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne enthalten sein müssen, etwas in den Hintergrund gedrängt worden, ohne jedoch seine Bedeutung als Aspekt des Legalitätsprinzips zu verlieren³⁷⁾.

In der jüngeren Praxis des Bundesgerichts ist die Tendenz zu einer einheitlicheren Betrachtungsweise des Gesetzmässigkeitsprinzips erkennbar³⁸⁾. Einen wichtigen Schritt in diese Richtung stellen die bereits mehrfach erwähnten Numerus-clausus-Entscheidungen³⁹⁾ dar. Dort wird das Erfordernis der Gesetzesform über den Bereich klassischer Eingriffstatbestände hinaus erweitert⁴⁰⁾. Daraus folgt die praktische Anerkennung eines umfassend geltenden Legalitätsprinzips⁴¹⁾.

Das Bundesgericht verweist zur Begründung der neuen Rechtsprechung darauf, dass eine Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes auf die Eingriffsverwaltung mit demokratischer Auffassung nicht vereinbar sei⁴²⁾.

36 Vgl. BGE 102 Ia 136ff. E. 5 u. 6, BGE vom 31. März 1965, wieder-
geg. in: ZBl 66/1965, S. 322ff. (dazu Rhinow, Methodik, S. 262ff.).

37 Deshalb behält die Forderung von Imboden Geltung, dass das Er-
fordernis des Rechtssatzes und das Erfordernis der Gesetzesform
voneinander geschieden werden müssen (Imboden Max, Das Gesetz als
Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, a.a.O. vorne, Fn. 28, S. 6).
Auch in den bundesgerichtlichen Numerus-clausus-Urteilen wird
verschiedentlich auf die rechtsstaatliche Komponente des Gesetz-
mässigkeitsprinzips hingewiesen (vgl. etwa BGE 103 Ia 375, 381
E. 6, 383 E. 6d, 406).

38 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 113.

39 BGE 103 Ia 369ff., 394ff., 104 Ia 305ff.

40 Siehe insbes. BGE 103 Ia 380ff. E. C.

41 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 8 unter zusätzlicher Verwei-
sung auf BGE 104 Ia 445/446.

42 BGE 103 Ia 380f. E. 5; gemäss BGE 104 Ia 307/308, bestätigt in BGE
105 Ia 359ff., betrifft der Vorwurf, die Exekutive habe ihre
Rechtssetzungskompetenzen überschritten und habe sich damit dem
Stimmbürger zustehende Befugnisse angemasst, die Grundsätze der
Gesetzmässigkeit und der Gewaltentrennung, nicht aber das politi-
sche Stimmrecht. Diese Rechtsprechung wird kritisiert von Auer
(vgl. Auer Andreas, Politische Rechte und Gewaltentrennung, in:
ZBl 82/1981, S. 346ff.) und von Müller J.P. (vgl. staatsrechtliche
Rechtsprechung, ZBJV 116/1980, S. 285f.), befürwortet dagegen von
Brunschwiler (vgl. Brunschwiler Carl Hans, Die Gewaltentrennung und
die politischen Rechte, Die Legitimation zur Stimmrechtsbeschwerde,
in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Kurt Eichenberger, Basel/
Frankfurt a.M., 1982, S. 605ff.).

Auch habe die leistungsgewährende Tätigkeit des Gemeinwesens an Umfang und Intensität zugenommen, und Eingriff und Leistung stünden in einem solchen Korrelationsverhältnis, dass die Unterscheidung zwischen diesen beiden staatlichen Massnahmen kein taugliches Kriterium mehr sei⁽⁴³⁾. Vorkehren der leistungsgewährenden Verwaltung bildeten je länger je mehr die Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme der garantierten Freiheitsrechte⁽⁴⁴⁾.

In bezug auf die Zulassung zu öffentlichen Leistungseinrichtungen kommt dem Gesetzmässigkeitsprinzip - wie die Numerus-clausus-Urteile zeigen - eine sehr wesentliche Bedeutung zu. Es prägt, wie bereits früher erwähnt, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die diesbezügliche Regelungszuständigkeit und Regelungsintensität⁽⁴⁵⁾.

B) Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit

Das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit sind die Kriterien bei der verfassungsrechtlichen Abwägung von staatlichen Zielen einerseits und Anliegen des Bürgers andererseits. Ihre volle Bedeutung entfalten die beiden Prinzipien, wenn einem Gemeinwohlinteresse grundrechtlich geschützte Positionen des Bürgers gegenüber stehen⁽⁴⁶⁾.

Das Erfordernis des öffentlichen Interesses bedeutet, dass den zu beeinträchtigenden Grundrechtsinteressen des Einzelnen überhaupt ein verfassungsrechtlich anerkanntes Anliegen der Allgemeinheit gegenübersteht⁽⁴⁷⁾. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine staatliche Massnahme zur Erreichung ihres Zweckes geeignet ist, dass die Beeinträchtigung der Position des Bürgers nicht schärfer ausfällt, als es die Zielsetzung verlangt und schliesslich, dass zwischen dem verfolgten Zweck und der dazu notwendigen Einschränkung ein vernünftiges Verhältnis besteht⁽⁴⁸⁾.

43 BGE 103 Ia 381 E. 5.

44 BGE 103 Ia 381 E. 5.

45 Siehe dazu hinten, unter Kap. 3/§ 4 u. § 5.

46 Vgl. dazu Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 119ff.

47 Zum Begriff des überwiegenden öffentlichen Interesses, der bereits einen Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips miteinbezieht, siehe Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 121ff.

48 Siehe Imboden/Rhinow, Nr. 58/B/IV.

Die Prinzipien des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit weisen einen engen Zusammenhang auf. Dies zeigt sich darin, dass das Bundesgericht teilweise die Abwägung zwischen Anliegen der Allgemeinheit und Grundrechtsinteressen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vornimmt⁽⁴⁹⁾.

Stehen keine grundrechtlich geschützten Positionen des Bürgers auf dem Spiel, so reduziert sich die verfassungsrechtliche Prüfung auf die durch das Willkürverbot erfassten Gehalte des Verhältnismässigkeitsprinzips⁽⁵⁰⁾. Auch in diesem Fall steht das hinter einer staatlichen Vorkehr stehende öffentliche Interesse insofern zur Diskussion, als zwischen diesem und der notwendigen Einschränkung der Interessen des Bürgers kein grobes Missverhältnis bestehen darf⁽⁵¹⁾.

Hinsichtlich der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen sind die Erfordernisse des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit heranzuziehen, wenn die den Zulassungsschranken zugrundeliegenden Gemeinwohlanliegen gegen die Zulassungsinteressen der Aufnahmebewerber abzuwägen sind⁽⁵²⁾. Dabei stellt das Interesse der Gesamtheit der Benutzer, welches auf die ordnungsgemässe Erfüllung des Einrichtungszweckes zielt, zugleich ein Anliegen der Allgemeinheit dar. Insofern geht es um die Harmonisierung der Interessen der Zugelassenen einerseits und der um die Aufnahme nachsuchenden Bewerber andererseits⁽⁵³⁾.

49 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 121.

50 Vgl. Haeffliger, Gleichheitssatz, S. 84; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 139f.

51 Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 140.

52 Siehe dazu in bezug auf das Verhältnismässigkeitsprinzip Müller P., S. 220ff.; Zimmerli, S. 97ff.

53 Vgl. Zimmerli, S. 98, wonach die sich aus dem Einrichtungszweck ergebenden Zulassungs- und Benutzungsbeschränkungen nicht in erster Linie an den Individualinteressen des Benützers, sondern vielmehr an jenen der mutmasslichen Benutzer insgesamt zu messen seien; dagegen decken sich nach der hier vertretenen Auffassung die Interessen der Gesamtheit der Zugelassenen mit Gemeinwohlanliegen, die ihrerseits mit den Zulassungsinteressen der Aufnahmebewerber in Einklang gebracht werden müssen.

C) Prinzipien des Vertrauensschutzes

Unter den Begriff des Vertrauensschutzes fallen verschiedene vom Bundesgericht entwickelte Prinzipien und Regeln, die sich auf die Forderung zurückführen lassen, dass sich der Bürger auf das Recht und die Behörden verlassen können⁵⁴⁾. Ueber die Tragweite der einzelnen Prinzipien mit einem Bezug zum Vertrauensschutzgedanken sowie über die Zusammenhänge zwischen denselben bestehen noch mannigfache Unklarheiten⁵⁵⁾. Neuestens wird dafür plädiert, den Vertrauensgrundsatz als eigenständiges Verfassungsprinzip zu behandeln⁵⁶⁾.

Als anerkannte Verfassungsprinzipien nennt die Lehre das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Nichtrückwirkung von Erlassen⁵⁷⁾. Das Bundesgericht bezeichnet als Grundlage Art. 4 BV⁵⁸⁾. Das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben untersagt den Behörden Handlungsweisen, die berechtigtes Vertrauen der Bürger enttäuschen⁵⁹⁾. Die Rückwirkung von Erlassen ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig⁶⁰⁾.

Ebenfalls zu den Verfassungsprinzipien zu zählen ist wohl das Rechtssicherheitsgebot⁶¹⁾. Es verlangt Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Beständigkeit des Rechts⁶²⁾. Diese Forderungen sind unter anderem

54 Vgl. die bei Rhinow, Methodik, S. 268f., unter dem Titel "Vertrauenstatbestände" aufgeführten Grundsätze sowie Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 36ff.

55 Vgl. Huber, Vertrauen, S. 198.

56 So Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 143f.; kritisch zu dieser Forderung Huber, Vertrauen, S. 197ff., 202ff.

57 Betr. das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben Grisel A., Droit public, S. 147; Knapp, principes, S. 167; Saladin, Fairness, S. 56ff.; betr. das Rückwirkungsverbot Grisel A., Droit public, S. 147; Knapp, principes, S. 167; Saladin, Fairness, S. 62f.

58 Betr. das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben BGE 105 Ib 159 E. 4b, 103 Ia 508 E. 1; betr. das Rückwirkungsverbot BGE 94 I 5f. E. 3, 77 I 189f. E. 4.

59 BGE 103 Ia 508 E. 1.

60 Vgl. BGE 102 Ia 72 E. 3, 94 I 5f. E. 3.

61 Saladin, Fairness, S. 58ff. Zur Bedeutung des Rechtssicherheitsgebotes und seiner Beziehung zum Vertrauensschutzgedanken siehe jetzt auch Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 126ff.; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 47ff.

62 Sameli, S. 350.

Grundlage der zu den Fragen des Widerrufs und der Anpassung von Verwaltungsakten entwickelten Kriterien⁶³⁾. Sie haben auch die Voraussetzungen der Zulässigkeit rückwirkender Erlasse beeinflusst⁶⁴⁾. Auf die Bedeutung des Rechtssicherheitsgebotes für das Erfordernis der Verankerung staatlicher Massnahmen in einem Rechtssatz wurde bereits hingewiesen⁶⁵⁾.

Das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben, der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Erlassen und das Rechtssicherheitsgebot weisen inhaltliche Beziehungspunkte auf⁶⁶⁾. Die drei Prinzipien können zudem alle als Ausfluss des Willkürverbotes im Sinne der Forderung nach minimaler Gerechtigkeit betrachtet werden⁶⁷⁾.

Nicht abschliessend geklärt ist das Verhältnis des Vertrauensgrundsatzes zum Gesetzgeber, namentlich zur Gesetzesänderung⁶⁸⁾. In der Lehre ist aber die klare Tendenz erkennbar, den Vertrauensschutz in diesem Bereich auch ausserhalb der Tatbestände der Rückwirkung und des Vorliegens sogenannter wohlervorbener Rechte zum Tragen kommen zu lassen⁶⁹⁾. Insbesondere soll er nicht mehr durch die Abgrenzung Erlass - Verfügung geprägt sein. Als entscheidend wird vielmehr betrachtet, ob das Gemeinwesen Anlass zu berechtigtem Vertrauen des Bürgers gegeben hat, sei es durch einen Erlass, einen Verwaltungsakt, eine Auskunft oder sonstwie⁷⁰⁾. Auch das Bundesgericht erkennt dem

63 Saladin, Fairness, S. 59.

64 Vgl. Saladin, Fairness, S. 63.

65 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 6/II/A.

66 Vgl. Saladin, Fairness, S. 63; BGE 103 Ia 508 E. 1, wo das Bundesgericht das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben im Zusammenhang mit der in erster Linie durch das Rechtssicherheitsgebot geprägten Problematik des Widerrufs von Verwaltungsakten erwähnt; siehe auch BGE 102 Ia 338 E. 3d.

67 Vgl. BGE 102 Ia 71, 103 Ia 508f. E. 1, wo allerdings dem Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben insofern eine Sonderstellung eingeräumt wird, als das Gericht dessen Beachtung unabhängig vom Bezug der Streitsache zu einem besonderen verfassungsmässigen Recht frei prüft.

68 Rhinow, Methodik, S. 270; vgl. auch Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 122ff.

69 Vgl. Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, insbes. S. 137ff.; Rhinow, Methodik, S. 270ff.; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 265ff.

70 Siehe Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 139ff.; Rhinow, Methodik, S. 270f.

Vertrauensschutz Bedeutung bei Gesetzesänderungen zu, wobei es sich jedoch auf verschiedene Prinzipien abstützt, so auf die Rechtssicherheit⁷¹⁾, die Verhältnismässigkeit⁷²⁾ oder auf das Gebot von Treu und Glauben⁷³⁾. Gleichzeitig wird die Bedeutung der Rechtsfigur des wohl-erworbenen Rechts relativiert in dem Sinne, dass sie lediglich die Rechtsbeständigkeit einer bestimmten Rechtslage ausdrücken soll⁷⁴⁾. Für die vorliegende Arbeit mag die Feststellung genügen, dass die Verfassung berechtigtes Vertrauen des Bürgers auch gegenüber der Neufassung von Erlassen schützt.

Der Vertrauensschutz interessiert vorliegend im Zusammenhang mit der Abänderung von Zulassungsordnungen und von Zulassungsentscheiden⁷⁵⁾, wobei nur auf den erstgenannten Problemkreis näher eingegangen wird⁷⁶⁾.

71 Vgl. BGE 102 Ia 338 E. 3d betr. Planänderung; weitere Nachweise bei Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 126ff.

72 Vgl. BGE 106 Ia 260ff. E. 4; weitere Nachweise bei Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 130ff.

73 Die diesbezügliche bundesgerichtliche Praxis ist uneinheitlich (Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 128): Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass sich der Bürger gegenüber einer Gesetzesänderung grundsätzlich nicht auf das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben berufen könne (vgl. BGE 106 Ia 259 E. 3c, 105 Ia 343 E. 6). Der Grund soll im Fehlen einer besonderen Vertrauenssituation liegen (vgl. BGE 102 Ia 338 E. 3d; zustimmend Sameli, S. 349). In anderen Entscheiden misst jedoch das Gericht diesem Gebot auch bei Gesetzesänderungen Bedeutung zu (vgl. BGE 101 Ia 445ff. E. 2 sowie insbesondere auch den nicht publizierten Entscheid vom 21. Sept. 1976 i.S. Popp, der hinten, unter Kap. 3/§ 2/I/D erörtert wird).

74 Im oben, Fn. 73 erwähnten Urteil i.S. Popp führt das Bundesgericht auf S. 10 aus: "In diesem Sinne drückt der Begriff des wohlerworbenen Rechtes nicht mehr und nicht weniger als Rechtsbeständigkeit einer bestimmten Rechtslage aus..... Mit dieser Bedeutung ist am Begriff des 'wohlerworbenen Rechtes' festzuhalten."

75 Siehe als Beispiel VPB 43/1979 Nr. 83: Unzulässigkeit des nachträglichen Ausschlusses vom Pharmazie-Studium bzw. der Nichtzulassung zu weiteren Prüfungen dieses Faches, nachdem die Kandidatin irrtümlicherweise zum ersten pharmazeutischen Propädeutikum zugelassen worden war und dieses auch bestanden hatte, ohne dass der Kandidatin eine Erschleichung der Zulassung nachgewiesen werden kann.

76 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 2/I/D u. Kap. 3/§ 3/I/E/3.

III. Postulierte Verfassungsprinzipien

In der Lehre wird verschiedentlich die Anerkennung weiterer Verfassungsprinzipien gefordert⁷⁷⁾. Im Zusammenhang mit staatlichen Leistungseinrichtungen ist vor allem auf die Prinzipien des Sozialstaates und der Menschenwürde hinzuweisen. Saladin geht vom Bestehen einer ungeschriebenen Sozialstaatsklausel aus⁷⁸⁾. Nach der Auffassung von J.P. Müller ergibt sich das Prinzip des sozialen Rechtsstaates für die Schweiz bereits aus den Grundrechten, gewissen Programmbestimmungen und sozialstaatlichen Kompetenznormen⁷⁹⁾. Mastronardi bezeichnet die Menschenwürde als anerkannten Verfassungsgrundsatz⁸⁰⁾.

Von den oben genannten anerkannten Verfassungsprinzipien unterscheiden sich die Grundsätze des Sozialstaates und der Menschenwürde zusammen mit weiteren postulierten Prinzipien⁸¹⁾ durch ihre geringere Justiziabilität. Zum Teil sind sie mit den in der Lehre erwähnten Grundentscheidungen der Verfassung identisch⁸²⁾. Als solche sind sie

77 Vgl. Saladin, Fairness, S. 66ff.: "(Noch) nicht anerkannte Grundsätze".

78 Saladin, Unerfüllte BV, S. 327; ders., Fairness, S. 80.

79 Müller J.P., Soziale Grundrechte, S. 112ff., 163ff.; vgl. auch Tschudi Hans Peter, Der Sozialstaat im gesellschaftlichen Wandel, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 107ff., S. 109, 110ff.; ausführlich zur Frage der Existenz einer Sozialstaatsklausel in der BV Breiter, S. 173ff.

80 Mastronardi, S. 17 u. ausführlich S. 65ff.

81 Als Beispiel sei das Verfassungsprinzip der Freiheit genannt (vgl. Eichenberger Kurt, Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Masses, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 165ff.).

82 Vgl. Müller G., Privateigentum, S. 36f., sowie vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/B/2.

bei der Verfassungskonkretisierung durch Gesetzgeber, Verwaltung und Justiz zu berücksichtigen⁸³⁾. Insoweit ist ihnen auch im Zusammenhang mit der Zulassung zu staatlichen Leistungseinrichtungen Rechnung zu tragen⁸⁴⁾.

83 Vgl. Müller G., Privateigentum, S. 37 sowie vorne, unter Kap. 2/§4/I/B/2.

84 Siehe betreffend die Sozialstaatsklausel des Deutschen Grundgesetzes Schmidt-Bleibtreu/Klein, S. 402ff.; BVerfGE 33, 331f., wonach sich aus der Berufswahlfreiheit in Verbindung mit dem Gleichheitssatz und der Sozialstaatsklausel Ansprüche auf die Zulassung zu staatlichen Bildungseinrichtungen ergeben könnten.

§ 7 Weitere Verfassungsnormen

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Leistungsvergabe durch das Gemeinwesen werden vorab durch die verfassungsmässigen Rechte und die mit ihnen zusammenhängenden Verfassungsprinzipien geprägt. Es wurde jedoch verschiedentlich darauf hingewiesen, dass diese Normen nicht losgelöst von den übrigen Verfassungsbestimmungen betrachtet werden können¹⁾. Die Bedeutung der Grundrechte (und damit auch der Verfassungsprinzipien) ergibt sich aus der Interpretation der Verfassung als Einheit²⁾.

Staatszielbestimmungen im Sinne grundlegender Leitlinien des staatlichen Wirkens³⁾ sind bei der Grundrechtskonkretisierung heranzuziehen⁴⁾.

In Gesetzgebungsaufträgen und Kompetenzbestimmungen verankerte spezifische Staatsaufgaben stehen nicht in einem antimonischen Gegensatz zu den Grundrechten. Beides sind Verfassungsziele, die einander beigeordnet sind⁵⁾. Dabei können Staatsaufgaben einerseits der Grundrechtsverwirklichung dienen⁶⁾. Andererseits begründen sie Spannungsverhältnisse zu grundrechtlichen Freiheiten, die anlässlich der Verfassungskonkretisierung durch Gesetzgeber, Verwaltung und Richter aufzulösen sind⁷⁾.

1 Vgl. insbesondere vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/B/2.

2 Müller G., Privateigentum, S. 34; Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 434.

3 Breiter, S. 93; ausführlich zum Begriff der Staatszielbestimmung Breiter, S. 93ff.

4 Vgl. Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 115/1979, S. 115; zur Berücksichtigung der aus Art. 1 - 5 u. 31bis Abs. 1 BV entnommenen Grundprinzipien für die Bestimmung des Grundrechtsverständnisses siehe Müller G., Privateigentum, S. 36f.; vgl. auch Müller J.P., staatsleitende Grundsätze, S. 274; zur Bedeutung des Prinzips des Sozialstaates siehe vorne, unter Kap. 2/§ 6/III.

5 Müller J.P., staatsleitende Grundsätze, S. 274.

6 Dies ist der Fall, wenn sie den Staat verpflichten, tatsächliche Voraussetzungen zur Ausübung grundrechtlicher Freiheiten zu schaffen (vgl. Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 434).

7 Müller G., Privateigentum, S. 43ff.; Müller J.P., staatsleitende Grundsätze, S. 275ff.

Den organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorschriften der Verfassung schliesslich kommt bei der Grundrechtsverwirklichung im Bereich des gewährenden Staates eine grosse Bedeutung zu⁸⁾, weil der Durchsetzung inhaltlicher Leistungsforderungen im judiziellen Verfahren enge Grenzen gesetzt sind⁹⁾.

8 Vgl. Rhinow, Grundrechtstheorie, S. 443.

9 Siehe vorne, Kap. 2/§ 4/I/F u. Kap. 2/§ 4/I/G.

3. KAPITEL

VERFASSUNGSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN DAS ZULASSUNGS- WESEN ANSTÄLTICH GENUTZTER ÖFFENTLICHER EINRICHTUNGEN

1. TEIL:

INHALTLICHE ANFORDERUNGEN

§ 1 Zulassungsanspruch und Zulassungsschranken

I. Durch Aufnahmeregelungen begründete Zulassungsansprüche

Ueber die Zulassung zu öffentlichen Leistungseinrichtungen entscheiden in erster Linie die betreffenden Aufnahmeordnungen. Die Fragestellung, ob solche Vorschriften einen Anspruch auf Zugang begründen, beziehungsweise, ob ein solcher aus ihnen abzuleiten sei, führt indessen häufig nicht weiter:

Zum einen hängt es dann doch von teilweise sehr konkretisierungsbedürftigen Zulassungsvoraussetzungen ab, wem ein solcher Anspruch tatsächlich zusteht. Die Eignungsanforderungen bei Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen sind ein Beispiel dafür. Offen bleibt so dann auch die Frage nach kapazitätsbedingten Schranken des Zulassungsanspruches, es sei denn, aus diesem ergebe sich klarerweise auch die Verpflichtung des Einrichtungsträgers, das Leistungsangebot entsprechend der Nachfrage zu erhöhen.

Leistungsgrenzen sind häufig eine Frage des finanziellen Aufwandes. Das Bundesgericht führt im Zusammenhang mit der Einschränkung einer Dienstleistung der PTT zur Unmöglichkeit der Erfüllung gesetzlicher Leistungspflichten aus: "Ob die Post die von ihr behauptete Unmöglichkeit der Leistung darzutun vermöchte, kann offen bleiben. Jedenfalls wäre dazu der Nachweis erforderlich, dass sie trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten und aller ihr zur Verfügung stehenden Mittel nicht mehr in der Lage ist, im vollen Umfang den gesetzlich umschriebenen Leistungen nachzukommen." (1)

1 BGE 92 I 148 E. 4.

Zudem besteht - unabhängig von auf unterer Rechtssetzungsstufe statuierten Ansprüchen - von Verfassungen wegen das Gebot willkürfreier und rechtsgleicher Zulassung zu den staatlichen Leistungseinrichtungen²⁾. Dieses bezieht sich auf die Ausgestaltung der generell-abstrakten Aufnahmeregelungen sowie auf deren Anwendung im Einzelfall. Durch die Anerkennung des allgemeinen Anspruches auf fehlerfreie Ermessensausübung³⁾ entschärft sich die Diskussion um den Bestand subjektiver öffentlicher Rechte ganz wesentlich⁴⁾. Die Anforderungen an das Zulassungswesen öffentlicher Einrichtungen, welche sich aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ergeben, erhöhen sich so- dann entsprechend der Bedeutung, welche die vermittelte Leistung für die Wahrnehmung freiheitsrechtlich garantierter Befugnisse hat⁵⁾.

II. Grundrechtliche Zulassungsansprüche

Was oben zur begrenzten Aussagekraft gesetzlicher Zulassungsansprüche gesagt wurde, gilt natürlich erst recht, wenn solche aus den abstrakt formulierten Grundrechtsgarantien abgeleitet werden sollen. Wenn etwa das Deutsche Bundesverfassungsgericht feststellt, dass sich aus der Berufswahlfreiheit gemäss Art. 12 GG in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG und der Sozialstaatsklausel nach

2 BGE 103 Ia 399 E. 2b m.w.H.; siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/A.

3 Siehe dazu Kölz, Legitimation, S. 748f.; Müller G., Reserve, S. 123f.; ausführlich Müller St., S. 165ff.

4 Vgl. Bachof, S. 295f. u. 301f.: "Natürlich steht es dem Gesetzgeber im Rahmen der Verfassungsordnung frei, welche objektivrechtlichen Begünstigungen er gewähren will. Es steht ihm aber unter einer das Rechts- und Sozialstaatsprinzip zum Staatsziel erklärenden Verfassungsordnung nicht frei, solche Begünstigungen, wenn er sie gewährt, nach seinem Belieben zu blossen Reflexen objektiven Rechts zu erklären und ihnen den Rang echter Berechtigungen vorzuenthalten."

Siehe jedoch BVerwGE 39, 235: "Ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung besteht auch im Zusammenhang mit der Benutzung einer öffentlichen Anstalt nur, wenn die zugrundeliegende Norm - evtl. in Verbindung mit anderen Vorschriften - wenigstens auch dem Interesse des Begünstigten zu dienen bestimmt ist."

5 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/2.

Art. 20 GG ein Anspruch des hochschulreifen Bürgers auf die Zulassung zum Studium seiner Wahl ergebe⁶⁾, so bedarf es dennoch weiterer Erörterungen darüber, welche Vorkehren verfassungsrechtlich zulässig sind, falls die Zahl der geeigneten Studienanwärter die Aufnahmekapazitäten der Hochschulen übersteigt. Es ist kennzeichnend, dass das Bundesgericht diesbezüglich im Ergebnis zu ähnlichen Lösungen gelangt⁷⁾, obwohl es - im Unterschied zum Deutschen Bundesverfassungsgericht - nicht von freiheitsrechtlichen Ansprüchen auf den Hochschulzugang ausgeht⁸⁾.

Auch wird die Betrachtungsweise, wonach Freiheitsrechte entweder einen Leistungsanspruch begründen oder aber für den betreffenden staatlichen Tätigkeitsbereich nicht relevant sind, der Vielschichtigkeit von Grundrechten nicht gerecht⁹⁾. Die Bedeutung der Freiheitsrechte ist nicht auf fest umrissene Rechtspositionen beschränkt. Dies gilt selbst innerhalb des Bereiches der durch den Richter konkretisierbaren Gehalte¹⁰⁾.

Obwohl es bis vor kurzem konstant die Formulierung verwendete, wonach sich aus Freiheitsrechten keine Ansprüche auf staatliche Leistungen ableiten liessen¹¹⁾, begnügte sich das Bundesgericht bei der Grundrechtskonkretisierung im Leistungsbereich keineswegs immer damit, im Sinne eines "Entweder-oder" zu entscheiden. So hat es in den Numerus-clausus-Urteilen der Freiheitsrechtsrelevanz des Zuganges zu staatlichen Ausbildungsgängen insbesondere bei der Umschrei-

6 BVerfGE 33, 332 E. 1 am Ende.

7 Zenger, S. 17; siehe auch hinten, unter Kap. 3/§ 3/I/B/1 u. 2.

8 Siehe BGE 103 Ia 377ff. E. 4: Der Numerus clausus greift nach seiner Auffassung nicht in verfassungsmässige Rechte ein.

9 Siehe die Ausführungen bei Fleiner Th., positive Leistungen, S. 76; Rhinow. Grundrechtstheorie, S. 436ff.; vgl. auch Zenger, S. 48: "Die Fixierung auf das theoretische Kernproblem eines 'originären' Anspruchs auf einen Ausbildungsplatz hat eine wesentliche Ursache in einer Sicht, welche Grundrechte mit gerichtlich durchsetzbaren Ansprüchen gleichsetzt; hier wirken die Grundrechte als subjektive Rechte oder gar nicht.

10 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/E/2.

11 Vgl. BGE 103 Ia 378 E. 4a: Ein verfassungsmässiges Recht auf Bildung kann nicht aus der HGF abgeleitet werden, "da sie keine Ansprüche auf staatliche Leistungen begründet."; BGE 105 Ia 337: "Wiederholt hat das Bundesgericht festgehalten, dass kein Eigentümer aus der Eigentumsgarantie Ansprüche auf Leistungen des Staates herleiten kann"

bung der formellrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen⁽¹²⁾. Entscheide über die Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes untersucht es daraufhin, ob die Behörde den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht, in die Interessenabwägung einbezogen habe⁽¹³⁾. Es ist auch auf die bereits erwähnte bundesgerichtliche Praxis hinzuweisen, wonach die Einhaltung der Rechtsgleichheitsforderungen eingehender zu überprüfen sei, wenn es um den Zugang zu freiheitsrechtsrelevanten Leistungen geht⁽¹⁴⁾.

III. Zulassungsschranken

Zulassungsschranken gehören zum Wesen anstaltlich genutzter öffentlicher Einrichtungen¹⁵⁾. Dabei lassen sich zwei Grundtypen unterscheiden: Häufig wird die Aufnahme von bestimmten Eigenschaften des Anwärters abhängig gemacht. Man spricht dann von qualitativen Zulassungsschranken¹⁶⁾. Von quantitativen Zulassungsschranken¹⁷⁾ ist die Rede, wenn die Zahl der Zuzulassenden mengenmässig beschränkt ist, so dass möglicherweise Bewerber abgewiesen werden müssen, welche die qualitativen Zulassungserfordernisse erfüllen.

Qualitative wie quantitative Zulassungsschranken sind das Ergebnis von Abwägungen zwischen Gemeinwohlanliegen einerseits und den Interessen des Zulassungsanwärters andererseits. Steht der Zugang zu einer Institution unter dem Schutz eines speziellen Freiheitsrechtes¹⁸⁾, so stellen Zulassungsschranken Grundrechtstangierungen dar.

Es ist nun für qualitative und quantitative Zulassungsschranken der Rahmen abzustecken, den das Verfassungsrecht den zuständigen Instanzen bei den vorzunehmenden Interessenabwägungen setzt. Dies soll wieder anhand der vier Typen von Leistungseinrichtungen geschehen, die schon bisher speziell berücksichtigt wurden.

12 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/G.

13 Siehe etwa BGE 105 Ia 21 E. 4.

14 Vgl. BGE 104 Ia 379 betr. Zugang zu staatlichen Informationen.

15 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2/II/B/2.

16 Zenger, S. 6f.; Hirtschulz verwendet dafür den Begriff "subjektive Zulassungsvoraussetzungen" (Hirtschulz, S. 49f.).

17 Zenger, S. 7f.

18 Siehe dazu vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B.

§ 2 Qualitative Zulassungsschranken

Als Motiv für qualitative Zulassungsschranken steht die Ermöglichung der ungehinderten Aufgabenerfüllung durch die Institution im Vordergrund. Einzelne Zulassungsregelungen - namentlich im Bildungs- und Erziehungswesen - lassen auch die Tendenz zu staatlicher Mitentscheidung darüber erkennen, ob eine nachgesuchte Zulassung tatsächlich im Interesse des Bewerbers liegt.

Innerhalb der genannten Zwecksetzungen lassen sich verschiedenartige Zulassungserfordernisse unterscheiden, wobei eine allgemeine Typisierung wegen der Verschiedenheit der durch die Einrichtungen angebotenen Leistungen schwierig ist.

Ein Teil der Zulassungsvoraussetzungen beruht darauf, dass die vermittelte Leistung bestimmte Eigenschaften des Empfängers voraussetzt. In ein Altersheim werden betagte, in ein Spital ernsthaft erkrankte oder verletzte Personen aufgenommen. Auch die Eignungsanforderungen im Bildungs- und Ausbildungsbereich hängen mit dem Leistungsangebot der betreffenden Einrichtungen zusammen.

Dem Interesse der Einrichtungsordnung in einem engeren Sinne dienen gewisse charakterliche Anforderungen an Bewerber um die Aufnahme in Institutionen, bei denen das Benützungsverhältnis durch persönliche, auf eine gewisse Dauer angelegte Beziehungen gekennzeichnet ist.

Den Schutz der Benutzer bezweckt die Nichtzulassung von Anwärtern mit ansteckenden Krankheiten in Heime, Schwimmbäder, Bibliotheken u.s.w..

Eine Sonderstellung nimmt die Aufnahmevoraussetzung des Wohnsitzes im Trärgemeinwesen ein: Teilweise weist sie rein organisatorischen Charakter auf, so etwa bei dem nach dem Wohnsitzprinzip durchgeführten Primarschulwesen¹⁾. Sie kann aber auch mit der begrenzten Aufnahmefähigkeit einer Leistungseinrichtung zusammenhängen. Das Wohnsitzerfordernis soll dann den Kreis potentieller Benutzer begrenzen und so deren Zulassungschancen erhöhen. Es stellt dann eine besondere quantitative Zulassungsschranke dar²⁾.

1 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 3/II/A.

2 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 2/II/B.

Im folgenden werden einzelne Zulassungserfordernisse behandelt, die in der Praxis zu Problemen Anlass geben können. Als besonders er-
giebig erweisen sich diesbezüglich die qualitativen Zulassungs-
schränken von Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen.

I. Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen

Das staatliche (Aus-)Bildungswesen wird durch die gesellschaftli-
chen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geprägt. Heutzutage er-
füllen die Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen eine Kanalisi-
rungsfunktion: Sie verteilen - namentlich auch mittels der Zulas-
sungsschranken - Berufs- ja "Lebenschancen"(3). Diese Entwicklung
wird wegen der damit verbundenen Konsequenzen - Selektionsdruck
schon in der Primarschule, Beurteilung des Schülers nur nach "mess-
baren" Leistungen in bestimmten Fächern - verschiedentlich kriti-
siert(4).

Die Aufnahme in öffentliche (Aus-)Bildungseinrichtungen hängt in der
Regel von der Erfüllung mehrerer Zulassungsvoraussetzungen ab⁵⁾.

Typisch sind die Erfordernisse eines Mindestalters und der bega-
bungsmässigen Eignung.

Zwischen Alters- und Eignungsanforderung besteht ein Zusammenhang(6).
Das Mindesteintrittsalter wird so festgesetzt, dass von der durch-
schnittlichen Entwicklung in körperlicher, geistiger und seelischer
Hinsicht her die Voraussetzungen zum Mitkommen im betreffenden
(Aus-)Bildungsgang gegeben sind(7). Die Zulassungsordnung kann die
Aufnahme jüngerer Bewerber in besonderen Fällen vorsehen(8). Eine
verfassungsrechtliche Verpflichtung dazu dürfte nicht bestehen(9).

Einrichtungen, welche auf eine bestimmte berufliche Tätigkeit vorbe-
reiten, verlangen teilweise die voraussichtliche Eignung des Bewer-
bers für die betreffende Erwerbstätigkeit.

3 Häberle, Bundesverfassungsgericht, S. 730, Anm. 14.

4 Vgl. z.B. den Artikel im "Tages-Anzeiger" vom 29. Feb. 1984,
S. 19, über die an jenem Tag im Kanton Zürich durchgeführten Auf-
nahmeprüfungen in die Sekundarschule.

5 Siehe einen Ueberblick bei Plotke, Schulrecht, S. 273ff.

6 Plotke, Schulrecht, S. 276.

7 Plotke, Schulrecht, S. 276.

8 Plotke, Schulrecht, S. 276.

9 Vgl. BVerwGE 35, 111ff.

Institutionen zur beruflichen Fortbildung setzen den Abschluss einer entsprechenden Grundausbildung voraus¹⁰⁾.

Gelegentlich wird die Zulassung zu höheren (Aus-)Bildungseinrichtungen vom guten Leumund des Anwärters abhängig gemacht.

Näher behandelt werden im folgenden die Erfordernisse der Eignung für den Lehrgang, der voraussichtlichen beruflichen Eignung und des guten Leumunds.

A) Erfordernis der Eignung für den Lehrgang

1. Begrenzte Möglichkeit der rechtlichen Normierung

Das Merkmal der Eignung entzieht sich einer präzisen rechtlichen Umschreibung. Den darüber befindenden Stellen müssen erhebliche Beurteilungsspielräume offen gelassen werden. Vorschriften über Eignungsanforderungen weisen deshalb zwangsläufig eine geringe Normativität auf¹¹⁾. Es ist unumgänglich, konkretisierungsbedürftige Begriffe¹²⁾ oder gar Zahlenwerte¹³⁾ zu verwenden. Bei der Ueberprüfung von deren Handhabung beschränken die zuständigen Instanzen regelmässig ihre Kognition¹⁴⁾. Aufgabe des Rechts kann es hier nur sein, einen Rahmen des Zulässigen abzustecken. Pädagogische Beurteilungen müssen ausgeklammert bleiben¹⁵⁾. Dies gilt auch und erst recht für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Zulassung zu Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen aufgrund des Eignungserfordernisses.

10 Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 1 des Reglementes über Prüfungen und Promotionen am Interkantonalen Technikum Rapperswil vom 15. Juli 1976 (wiedergeg. in GS SG 234.24): "Zur Aufnahmeprüfung wird zugelassen, wer sich über eine abgeschlossene Berufslehre in einem einschlägigen Beruf oder über eine als gleichwertig beurteilte theoretische und praktische Ausbildung ausweisen kann."

11 Plotke, Probleme, S. 352f.

12 "Eignung", "gleichwertige Vorbildung", "genügende Leistung" u.s.w.

13 "Durchschnittsnote 4,5", "20 Punkte".

14 Vgl. BGE 106 Ia 1ff., 105 Ia 190ff.; BVerwGE 8, 272ff.; Imboden/Rhinow, Nr. 67/B/III/c; ausführlich Plotke, Probleme, S. 293ff.

15 Vgl. Maunz, Schule, S. 252; siehe auch BVerfGE 34, 185 E. 5a: "Das Grundgesetz gibt keinen Massstab für die pädagogische Beurteilung von Schulsystemen."

2. Zweck

Bevor auf Probleme der Durchführung von Eignungsabklärungen eingegangen werden kann, ist zu erörtern, welche Funktion das Eignungserfordernis von Verfassungen wegen erfüllen darf.

Es ist zweifellos zulässig, wenn durch die Eignungsanforderung im Sinne einer sogenannten negativen Auslese jene Anwärter von einem (Aus-)Bildungsgang ferngehalten werden, die den gestellten Anforderungen nicht gewachsen sind¹⁶⁾. Ueberforderte Teilnehmer können - je nach Art der Kenntnisvermittlung - den Ablauf des Lehrganges beeinträchtigen. Ihre Nichtzulassung liegt deshalb im Interesse der übrigen Absolventen und letztlich auch der Allgemeinheit, welche für die Kosten der Institution aufkommt¹⁷⁾. Sie dient aber auch dem Wohl des nicht genügend begabten Bewerbers selbst, indem er vor einem übermässigen Risiko des späteren Scheiterns im Lehrgang geschützt wird.

Nicht mit der Verfassung vereinbar wäre die Zulassung zu öffentlichen Ausbildungsstätten entsprechend einer positiven Auslese, welche dem Bürger jene Bildung und Ausbildung zuweist, welche nach behördlicher Auffassung für ihn die beste ist¹⁸⁾. Die Freiheitsrechte schützen Entfaltungsmöglichkeiten. Es ist nicht Aufgabe des Staates, darüber zu befinden, in welcher Weise davon Gebrauch zu machen ist. Darin läge eine Auflösung der garantierten Freiheit. Ueber ihren

16 Plotke, Probleme, S. 176f.; ders., Schulrecht, S. 333.

17 Nach Plotke stellt der Gesichtspunkt der Unterrichtshemmung in Lehre und Rechtsprechung im allgemeinen kein selbständiges Kriterium für den Zulassungsentscheid dar (Plotke, Probleme, S. 175f.; ders., Schulrecht, S. 271); siehe jedoch BVerwGE 5, 158: "Wenn der Staat sich darauf beschränkt zu verhindern, dass Kinder auf einer wissenschaftlichen Oberschule Aufnahme finden, die dort ihre Mitschüler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit empfindlich hemmen würden, hält er sich jedenfalls im Rahmen der Schulaufsicht und verletzt das elterliche Erziehungsrecht nicht." Auch für das Bundesverfassungsgericht geht es bei der negativen Auslese in erster Linie um die Vermeidung von Behinderungen der Mitschüler durch das unzureichend begabte Kind (BVerfGE 34, 190).

18 Maunz, Schule, S. 241; Plotke, Probleme, S. 176f.; ders., Schulrecht, S. 271, 332f.

(Aus-)Bildungsweg haben primär die Betroffenen beziehungsweise ihre gesetzlichen Vertreter zu bestimmen. Der Staat steckt durch sein Bildungsangebot und die Zulassungsanforderungen die Rahmenbedingungen ab. Darüberhinaus kommt ihm aber auch die Aufgabe zu, Entscheidungshilfe zu leisten. Diese darf wiederum nicht auf eine positive Auslese hinauslaufen, wobei freilich die Grenzen nicht durchwegs leicht zu bestimmen sind.

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit der Zulässigkeit der hessischen Förderstufe zu befassen(19). Diese tritt an die Stelle der 5. und 6. Grundschule (Primarschule) und sieht unter anderem eine zweijährige Beobachtung des Kindes vor, welche eine Begabungsdiagnose und eine Bildungsprognose ermöglichen soll. Dieses Vorgehen geht über die reine negative Auslese hinaus. Dennoch erachtete es das Bundesverfassungsgericht für zulässig, solange damit nicht das elterliche Bestimmungsrecht ausgeschaltet und der Schüler auf seine künftige Rolle in der staatlichen Gemeinschaft festgelegt werde. Die gemeinsame Erfüllung des Erziehungsauftrages im Schulbereich durch Eltern und Schule verlange eine differenziertere Beurteilung des Ausleseverfahrens, als dies mit den herkömmlichen Begriffspaa- ren "negative Auslese" und "positive Auslese" möglich und üblich sei(20).

3. Handhabung

Im Sinne der obigen Ausführungen dürfen qualitative Eignungsanfor- derungen nur das verlangen, was für das Mitkommen im betreffenden (Aus-)Bildungsgang erforderlich ist. Nun vermag aber keine Eignungs- abklärung über die künftige Bewährung des Anwärters eine völlig si- chere Aussage zu machen. Möglich ist lediglich eine Prognose, für deren Richtigkeit eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht²¹⁾. Die Frage lautet somit, bei welchem Wahrscheinlichkeitsgrad des Nicht- genügens eine Abweisung gerechtfertigt ist. Dabei dürften im einzel- nen verschiedene Faktoren eine Rolle spielen.

19 BVerfGE 34, 165ff.

20 BVerfGE 34, 189ff. E. 5c.

21 Plotke, Probleme, S. 167ff.; ders., Schulrecht, S. 274f.

So sind die - je nach Art des (Aus-)Bildungsganges unterschiedlichen - Konsequenzen eines späteren Scheiterns für den Bewerber in Betracht zu ziehen. Was den Gesichtspunkt der Unterrichtshemmung durch überforderte Teilnehmer betrifft, so kommt diesem beim Klassenunterricht natürlich eine wesentlich grössere Bedeutung zu, als etwa bei einem Vorlesungsbetrieb. Zu berücksichtigen ist auch, ob mit dem Aufnahmeentscheid das Verfahren abgeschlossen ist. Gilt die Zulassung, was häufig der Fall ist, nur provisorisch für eine bestimmte Zeitspanne, während derer sich der Anwärter zu bewähren hat⁽²²⁾, so ist eine grosszügigere Chancengewährung angebracht.

Nicht zu beanstanden ist jedenfalls die Ausscheidung jener Bewerber, welche den gestellten Anforderungen aller Voraussicht nach nicht genügen können⁽²³⁾.

4. Einzelprobleme

a) Geeignetheit der Methoden zur Begabungsabklärung

Ob ein Bewerber die Eignungsanforderungen erfüllt, kann auf verschiedene Weise ermittelt werden. Die Problematik von Prognosen über die künftige Bewährung von Kandidaten zeigt sich besonders deutlich in Fällen, bei denen je nach herangezogenem Kriterium sich widersprechende Ergebnisse herauskamen⁽²⁴⁾. Keines der heute gängigen Aufnahmeverfahren ist frei von Nachteilen:

Dient beispielsweise für den Uebertritt in die Oberstufe der Volksschule die Beurteilung des Primarlehrers als Entscheidungsgrundlage⁽²⁵⁾, so ist dies mit der Gefahr der Verwendung unterschiedlicher Bewertungskriterien und -massstäbe verbunden⁽²⁶⁾. Dazu kommt, dass

22 Dazu Plotke, Schulrecht, S. 287.

23 Vgl. Plotke, Schulrecht, S. 271: "Die Schule darf Kandidaten fernhalten, die mit grosser Wahrscheinlichkeit dem Ausbildungsgang nicht folgen können....."; siehe auch den bereits vorne zitierten BVerwGE 5, 158.

24 Siehe ein Beispiel bei Plotke, Probleme, S. 330f.

25 Vgl. § 3 lit. a der zürcherischen Uebertrittsordnung in die Oberstufe vom 11. Juli 1960 (GS ZH 412.12).

26 Vgl. Plotke, Probleme, S. 93ff.

eine gewisse Befangenheit der zur Entscheidung herangezogenen Personen nicht völlig ausgeschlossen werden kann²⁷⁾.

Wird die Zulassung - wie bei den Hochschulen - vom Nachweis einer bestimmten Vorbildung abhängig gemacht²⁸⁾, so kann sich die Frage stellen, ob die Anwärter nicht zu unterschiedlich schwierigen Bedingungen Zugang erhalten, je nach dem, wo sie den verlangten Ausweis erwerben können.

Was die schweizerischen Hochschulen betrifft, wird diese Gefahr durch die Verordnung über die Anerkennung von Maturitätsausweisen (MAV)(29) vermindert. Ihr kommt heute nicht nur beim Medizinstudium Bedeutung zu. Die Maturitätsanerkennung nach der MAV ist auch für die Zulassung zur ETH und den kantonalen Hochschulen massgeblich(30). Gewisse Unterschiede bleiben aber auch unter den eidgenössisch anerkannten kantonalen Maturitäten bestehen. Die Kantone haben von der durch die MAV offen gelassenen Möglichkeit, die Anforderungen zu verschärfen, in verschiedener Weise Gebrauch gemacht(31).

Aufnahmeprüfungen sind in besonderer Weise mit der Problematik der Messung und Bewertung schulischer Leistungen³²⁾ konfrontiert. Dazu kommt, dass eine Prognose aufgrund einmaliger, in kurzer Zeit erbrachter Leistungen zu stellen ist. Schwierigkeiten ergeben sich auch bei der Berücksichtigung von Verschiedenheiten hinsichtlich

27 Zu denken ist an Druckversuche der Eltern. Gelegentlich nimmt bei einzelnen Lehrern oder bei ganzen Schulen das Bestreben überhand, möglichst viele der Schüler den prestigeträchtigeren Bildungsstufen zuweisen zu können.

28 Dafür, dass die Hochschulreife auch auf andere Weise ermittelt werden kann, spricht ein seit 1979 laufender Versuch an der Universität Genf: Gemäss Art. 34 Abs. 4 des Universitätsreglements vom 20. Sept. 1976 (GS GE C/1/27,7) können Bewerber ohne Maturität zu allen ausser den eidgenössisch geregelten Studiengängen zugelassen werden, wenn sie wenigstens 25 Jahre alt sind und eine mindest 3-jährige Berufserfahrung vorweisen können. Die gestützt auf diese Vorschrift aufgenommenen Studenten weisen eine durchschnittliche Erfolgsquote auf, die höher liegt als bei den übrigen Universitätsabsolventen ("Tages-Anzeiger" vom 8. August 1983, S. 29).

29 Verordnung über die Anerkennung von Maturitätsausweisen (Maturitäts-Anerkennungsverordnung-MAV) vom 22. Mai 1968 (SR 413.11).

30 So auch BGE 103 Ia 393 E. 8b; vgl. Art. 1 lit. b der Vo über die Zulassung zu den Studien an den Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 12. Sept. 1975 (SR 414.131.5); Art. 21 lit. b der Vo über die Zulassung zum Studium an der Universität Bern vom 20. Sept. 1978 (GS BE 436.71).

31 Siehe Plotke, Probleme, S. 245ff.

32 Dazu Plotke, Probleme, S. 135ff.

der Bedingungen, unter denen die Prüfungen absolviert werden³³⁾.

Besonders angezweifelt wird der Aussagewert von mündlichen Examina³⁴⁾.

Bei Eignungsprüfungen für berufsspezifische Ausbildungsgänge kommt dazu, dass teilweise Leistungen in allgemeinbildenden Fächern herangezogen werden müssen, welche hinsichtlich der Begabung für den betreffenden Beruf nur begrenzt aussagekräftig sind³⁵⁾.

Der vermehrten Verwendung von Eignungstests, welche an sich besser auf die Persönlichkeit des Kandidaten einzugehen vermögen, steht eine erhebliche Skepsis über ihre Tauglichkeit entgegen. Zudem fehlt es an einer genügenden Zahl von Fachleuten, um Tests in grösserem Rahmen heranzuziehen³⁶⁾.

Bei der Begabungsabklärung mittels Gespräch³⁷⁾ ergeben sich Bedenken in der Richtung, dass es an nachprüfbaren Kriterien für die gestützt darauf getroffenen Aufnahmeentscheide weitgehend fehlen wird.

Angesichts der Bedeutung des Zuganges zu Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen besteht ein gewichtiges Interesse an geeigneten Aufnahmeverfahren. Ein abgewiesener Bewerber muss in einer Beschwerde die mangelnde Tauglichkeit der Eignungsabklärung ebenso geltend machen können³⁸⁾, wie die unrichtige Anwendung von Prüfungsvorschriften oder die Unhaltbarkeit der Leistungsbewertung³⁹⁾. Allerdings besteht in bezug auf die Durchführung ein breiter Gestaltungsspielraum,

33 Siehe dazu hinten, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4/b/aa.

34 Vgl. Plotke, Probleme, S. 151f.; ders., Schulrecht, S. 318; siehe auch BGE 105 Ia 202 E. 2c, wonach die Anwesenheit eines Koexaminators die Bewertung studentischer Leistungen bei mündlichen Prüfungen besser zu fundieren vermag, als die Ausfertigung eines Prüfungsprotokolles.

35 Vgl. betreffend Aufnahme ins Lehrerseminar Plotke, Probleme, S. 194, 202f.

36 Siehe zu den Tests Plotke, Probleme, S. 182ff., 361f.

37 Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 lit. d des st. gallischen Reglementes über Aufnahme und Promotion im Lehramtskurs vom 11. Nov. 1981 (GS SG 215.531.2): "Der Rektor klärt die Eignung in einem Gespräch mit dem Bewerber ab."

38 Im Falle der Gutheissung einer derart begründeten Beschwerde müssten gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Folgen der konkreten Normenkontrolle nicht sämtliche Prüfungsentscheide aufgehoben werden (vgl. BGE 98 Ia 570ff.; ausführlich zur Rechtsfolge akzessorischer Prüfung in bezug auf den Anwendungsakt Schiesser, S. 39ff.).

39 Ausführlich zu Beschwerdegründen und Kognition bei der Anfechtung von Prüfungsentscheiden Plotke, Probleme, S. 293ff.

dies umso mehr, als sich auch die Fachleute über die Geeignetheit der heute zur Anwendung gelangenden Verfahren nicht einig sind⁴⁰⁾. Da keine der zur Auswahl stehenden Methoden eine sichere Prognose zu garantieren vermag, wird eine Verringerung der Fehlerquote vermehrt dadurch angestrebt, dass der Zulassungsentscheid auf mehrere von ihnen abgestützt wird⁴¹⁾. Dies ist freilich mit einer Vergrößerung des Aufwandes verbunden. Die Qualität von Eignungsabklärungen wird letztlich auch zur Frage staatlicher Leistungserbringung. Entsprechende Verpflichtungen lassen sich der Verfassung aus den bekannten Gründen nur in engen Grenzen entnehmen⁴²⁾. Diese untersagt aber jedenfalls offensichtlich nicht sachgerechte Entscheidungsverfahren.

b) Gleichbehandlung der Aufnahmebewerber

aa) Aufnahmeprüfungen

Das Rechtsgleichheitsgebot verlangt, dass staatliche Prüfungen allen Kandidaten die gleichen Erfolgchancen einräumen. Dies gilt erst recht, wenn, wie bei Aufnahmeprüfungen von (Aus-)Bildungsrichtungen, grundrechtlich geschützte Entfaltungsmöglichkeiten auf dem Spiele stehen⁴³⁾. Verboten ist jegliche Schlechterstellung von

40 Vgl. Plotke, Probleme, S. 135ff., 167ff.; ders., Schulrecht, S. 274f.

41 Siehe Plotke, Probleme, S. 184f. betr. das Aufnahmeverfahren ins Gymnasium Solothurn: Berücksichtigt werden drei Faktoren: Aufnahmeprüfung, Lehrerurteil und Test.

42 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/F.

43 Die deutsche Rechtsprechung misst die Durchführung von Prüfungen, deren Bestehen Zulassungsvoraussetzung für die Aufnahme eines Berufes ist oder die mit der späteren Erwerbstätigkeit zusammenhängen, auch an Art. 12 GG (vgl. BVerfGE 52, 388f. E. II/1 u. BVerwGE 57, 137f. E. 2c betreffend juristische Staatsprüfung).

Prüflingen, wenn dafür keine sachlichen Gründe vorliegen⁴⁴⁾. Umgekehrt kann sich aus dem Chancengleichheitsgebot⁴⁵⁾ die Verpflichtung ergeben, Bedingungsunterschiede prüfungsrechtlich zu berücksichtigen, sei es, dass verschiedene Prüfungen durchgeführt werden⁴⁶⁾, sei es, dass auf dieselbe Prüfung ungleiche Bewertungsmassstäbe zur Anwendung gelangen⁴⁷⁾. Entscheidend ist nicht die erbrachte Leistung als solche, sondern die daran anzuknüpfende Prognose über die künftige Bewährung des Kandidaten. Gleiche Leistungen können zu ungleichen Vorhersagen Anlass geben, wenn sie unter erheblich verschiedenen Voraussetzungen zustande gekommen sind. Allerdings sind der Berücksichtigung unterschiedlicher Prüfungsbedingungen Limiten gesetzt. Andernfalls wäre jegliche Standardisierung bei der Eignungsabklärung untersagt. Eine solche ist aus Gründen des Verwaltungsaufwandes aber unumgänglich⁴⁸⁾. Gewisse Abweichungen hinsichtlich der Ausgangslage sind jeder Prüfung immanent⁴⁹⁾. Zu berücksichtigen sind jedoch erhebliche, von den betroffenen Bewerbern

44 Vgl. BVerwGE 41, 34ff.: "Es verstösst gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Prüflinge, wenn bei den Aufsichtsarbeiten in der zweiten juristischen Staatsprüfung ein Teil der Prüflinge die zu benützenden Bücher selbst mitzubringen hat, die anderen Prüflinge die vom Prüfungsamt zur Verfügung gestellten Bücher zu benutzen haben und nicht sichergestellt ist, dass die mitgebrachten Bücher bezüglich Auflage, Randbemerkungen und ähnlichem den zur Verfügung gestellten Büchern entsprechen."

45 Dazu vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/A/3.

46 Gemäss einer Weisung des zürcherischen Berufsbildungsamtes werden beim Lehrabschluss für Legastheniker in allgemeinbildenden Fächern Sonderprüfungen durchgeführt ("Tages-Anzeiger" vom 14. Mai 1983, S. 24).

47 Siehe BGE 108 Ia 22ff. betreffend ungleiche Bewertungsmassstäbe für Knaben und Mädchen (dazu gleich hinten); vgl. auch ein Beispiel bei Plotke, Probleme, S. 318: Ansetzung einer um einen Punkt höheren Minimalgrenze für Schüler, die sich nach der 1. Klasse der Sekundarschule zur Aufnahmeprüfung der Bezirksschule stellen, als für reguläre Kandidaten.

48 Plotke, Schulrecht, S. 272.

49 Vgl. die Ausführungen zu Ungleichheiten bei mündlichen Prüfungen in BVerwGE 55, 359: "Ungleiche Prüfungsbedingungen..... sind in der unterschiedlichen Wesensart der Prüfer und im unmittelbaren Aufeinanderwirken von Prüfer und Prüfling angelegt; sie sind 'prüfungsimmanent' und lassen sich nicht ausschalten.....".

nicht zu vertretende Nachteile, welche geeignet sind, bei Anwendung der normalen Prüfungsregeln und Bewertungsmaßstäbe die Prognose über das künftige Mitkommen zu verfälschen. Prüfungsordnungen sollten es insbesondere auch ermöglichen, wirklichen Sonderfällen wie unerklärliches Versagen, ausserordentliche Prüfungsangst und dergleichen gerecht zu werden⁵⁰⁾. Häufig ist dies erst über den Weg des vielfach gescheuten Prüfungsrekurses erreichbar⁵¹⁾.

Das Bundesgericht hatte sich unlängst mit der Frage zu befassen, ob die Festlegung ungleicher Anforderungen für die Aufnahme ins Gymnasium je nach Geschlecht gerechtfertigt sei⁵²⁾. Für die Mädchen wurden insgesamt strengere Maßstäbe bei der Bewertung der Prüfungsleistungen angewendet und die Durchschnittsnoten weniger vorteilhaft berücksichtigt als für die Knaben. Das unter anderem zur Begründung vorgebrachte Anliegen, ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen zugelassenen Knaben und Mädchen zu schaffen⁵³⁾, ist mit Art. 4 Abs. 2 BV offensichtlich nicht vereinbar.

Welcher Gedanke dieser Zielsetzung zugrunde liegt, lässt sich folgendem Satz aus der Beschwerdeantwort des Waadtländer Regierungsrates entnehmen: Andernfalls (bei gleichen Anforderungen) würde eine Ueberszahl von Mädchen in die Mittelschule aufgenommen und damit eine gewisse Anzahl von Knaben der Möglichkeit beraubt, einer Ausbildung teilhaftig zu werden, zu der sie, bei der heutigen Zusammensetzung unserer Gesellschaft, Zugang haben müssen, wenn man nicht ein für die Allgemeinheit nachteiliges Missverhältnis schaffen will(54).

50 Vgl. § 4 der zürcherischen Uebertrittsordnung in die Oberstufe der Volksschule vom 11. Juli 1960 (GS ZH 412.12):

"In Grenzfällen sind das Urteil des Primarlehrers sowie besondere Umstände, wie längere Krankheit des Schülers, gestörte Familienverhältnisse, Zuzug aus anderen Schulverhältnissen, unbegreifliches Versagen in der Prüfung, mit zu berücksichtigen. Es kann in solchen Fällen trotz Nichterreichens der massgeblichen Leistungen eine Zuteilung zur beantragten Schule bewilligt werden, wenn nach der Gesamtbeurteilung des Schülers erwartet werden kann, dass er dem Unterricht zu folgen vermag."

Es stellt sich die Frage, ob den in der Vorschrift genannten Sonderfällen nicht auch Rechnung getragen werden sollte, wenn die erbrachte Leistung nicht einen Grenzwert erreicht.

51 Vgl. Plotke, Probleme, S. 304, 325ff.

52 BGE 108 Ia 22ff. = Pr. 71/1982 Nr. 144, S. 355ff.

53 BGE 108 Ia 27f. E. 4b/aa.

54 Uebersetzung aus Pr. 71/1982 Nr. 144, S. 357 E. 4b/aa.

Gemeint war damit wohl, dass bei Mädchen - angesichts der heutigen Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern - die Chance geringer sei, dass sie später eine der Mittelschulbildung entsprechende Erwerbstätigkeit ausüben würden und ihre Förderung deshalb dem Gemeinwohl weniger zugute komme. Diese Argumentation läuft auf eine Verfestigung der heute noch bestehenden Benachteiligung der Frau im Berufsleben hinaus. Art. 4 Abs. 2 BV beauftragt aber den Gesetzgeber eben gerade dazu, die Berufschancen der Frau zu verbessern.

Anders verhält es sich m.E. grundsätzlich beim geltend gemachten Unterschied hinsichtlich der seelischen Entwicklung bei Knaben und Mädchen⁵⁵). Wäre wissenschaftlich erwiesen, dass in einem bestimmten Altersabschnitt Mädchen allgemein einen diesbezüglichen Vorsprung aufweisen, der sich auf Prüfungsleistungen erheblich auswirkt, verstiesse eine entsprechende Berücksichtigung bei der Prognosestellung nicht gegen Art. 4 Abs. 2 BV. Einen entsprechenden wissenschaftlichen Nachweis sind die waadtländischen Behörden jedoch offenbar schuldig geblieben.

Das Bundesgericht betrachtete den Unterschied in der Reifeentwicklung nicht als derart ausgeprägte Differenzierung, die ausnahmsweise eine Abweichung vom Grundsatz der Geschlechtergleichheit gestatte⁵⁶). Für das Fehlen einer genügenden Fundierung des behaupteten Handicaps der Knaben spricht auch, dass die waadtländische Regelung in der Schweiz einzigartig war⁵⁷). Immerhin haben Untersuchungen bestätigt, dass auf der Mittelstufe (etwa 4. bis 6. Schuljahr) Mädchen im allgemeinen den Knaben vor allem in den sprachlichen Fächern überlegen sind⁵⁸).

bb) Entscheid über die Aufnahme in Bildungsstufen des kantonalen Rechts durch Behörden verschiedener Gebietskörperschaften

Die Kantone übertragen die Durchführung des Bildungswesens zu einem grossen Teil an Einrichtungen dezentralisierter Gebietskörperschaften wie Schulbezirke oder Gemeinden. Es stellt sich die Frage, ob eine unterschiedliche Handhabung kantonalrechtlicher Eignungsanforderungen durch solche Institutionen die Verfassung verletzt.

55 BGE 108 Ia 28 E. 4b/bb.

56 BGE 108 Ia 31 E. 5.

57 BGE 108 Ia 31 E. 5.

58 Vgl. Plotke, Schulrecht, S. 135.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt Art. 4 BV nur dann Bedeutung zu, wenn ein und dieselbe Behörde die gleiche Rechtsfrage unterschiedlich beurteilt(59) oder wenn zwei Behörden in entgegengesetztem Sinn entscheiden und sich eine von ihnen in der gleichen Lage befindet, wie wenn sie beide Entscheide gefällt hätte(60). Das Bundesgericht erblickt dementsprechend in der unterschiedlichen Anwendung von Bundesrecht durch die Kantone keinen Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot(61). Eine uneinheitliche Praxis von Gemeinden bei der Handhabung kantonalen Rechts bezeichnet es als nicht willkürlich(62).

Nach meinem Dafürhalten ist die Auffassung zutreffend, wonach eine konsequent unterschiedliche Anwendung der gleichen allgemeinen Vorschrift durch verschiedene Behörden gegen Art. 4 BV verstossen kann⁶³⁾. Entscheidend ist, ob und inwiefern die zu regelnde Materie nach der Berücksichtigung regionaler Verschiedenheiten ruft⁶⁴⁾. Dies ist bei Eignungserfordernissen für die Zulassung zu Bildungsgängen in geringerem Masse der Fall, als etwa bei der Anwendung des kantonalen Planungs- und Baurechts durch die Gemeinden⁶⁵⁾. Es ist mit dem Rechtsgleichheitsgebot und den beim Zugang zu Bildungseinrichtungen tangierten Garantien der Berufswahlfreiheit und der persönlichen Freiheit nicht vereinbar, wenn die Zulassungschancen für Bewerber, welche demselben Bildungsrecht unterstehen, unterschiedlich hoch sind, je nachdem, welche Gebietskörperschaft innerhalb des Kantons für sie zuständig ist.

Der Kanton hat Anforderungsabweichungen, welche in keinem Zusammenhang zur Bewährungsprognose für einen bestimmten Bildungsgang stehen,

59 BGE 103 Ia 119, 102 Ia 42 E. 2c, 90 I 8 E. 2.

60 BGE 102 Ia 87, 98 Ia 161 E. 7a, 91 I 171.

61 BGE 104 Ia 158 m.w.H., 104 III 98 E. 2c/bb.

62 BGE 102 Ia 41f. E. 2c.

63 So Imboden/Rhinow, Nr. 69/B/IV.

64 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 69/B/IV.

65 Denkbar ist die Berücksichtigung regional bedingter Unterschiede im Bildungsstand (Plotke, Probleme, S. 179).

zu beseitigen⁶⁶⁾. Freilich erweist sich bereits der Anforderungsvergleich als schwierig. Längst nicht alle Kantone sehen die Durchführung einheitlicher Aufnahmeprüfungen vor⁶⁷⁾. Zum Teil werden den Gebietskörperschaften sogar verschiedene Aufnahmeverfahren zur Wahl gestellt⁶⁸⁾. Die Verwirklichung der regionalen Chancengleichheit⁶⁹⁾ setzt jedoch zumindest die Vergleichbarkeit der gestellten Anforderungen voraus⁷⁰⁾.

66 Nicht zulässig sind demgemäss Unterschiede, die mit dem Angebot an Bildungsplätzen oder den finanziellen Möglichkeiten der Gebietskörperschaften begründet sind.

Als sehr fragwürdig erscheint aber auch ein bei Plotke zitierter Entscheid des Solothurner Regierungsrates (Entscheid vom 31. Mai 1972, i.S. B., vgl. Plotke, Probleme, S. 242ff.). Dort wurde es unter Hinweis auf den Beurteilungsspielraum bei Aufnahmeprüfungen für zulässig erklärt, dass verschiedene Institutionen, welche die gleichen Prüfungsaufgaben verwendeten, unterschiedlich hohe Mindestanforderungen festlegten. Gerade die Problematik der Leistungsbewertung ruft danach, wenigstens von den gleichen Anforderungen auszugehen. Der betreffende Entscheid war denn auch Anlass zu einer Ergänzung der solothurnischen Vorschriften in diesem Sinne (vgl. Plotke, Probleme, S. 245).

67 Vgl. Plotke, Probleme, S. 182; zur Problematik der zentralen Aufgabenstellung, die m.E. durchaus zu bewältigen ist, Plotke, Probleme, S. 179ff.

68 So beispielsweise § 3 der zürcherischen Uebertrittsordnung in die Oberstufe der Volksschule vom 11. Juli 1960 (GS ZH 412.12) und § 30 des solothurnischen Reglementes vom 6. Okt. 1972 über die Aufnahme in die Oberstufe der Volksschule (GS SO 413.451). Vgl. zur zürcherischen Uebertrittsordnung einen Artikel des "Tages-Anzeigers" vom 8. März 1983, S. 15: "Kommen Schüler in der Stadt zu leicht in die Sek?" Es ging dabei um eine Rüge der kantonalen Erziehungsdirektion, dass das in der Stadt Zürich gehandhabte Vorgehen bei der Verteilung der Sechstklässler auf die drei Oberstufenschultypen stadtzürcher Primarschüler im kantonalen Vergleich privilegiiere.

69 Diese ist gemäss Plotke noch nicht überall in vollem Umfange gewährleistet (vgl. Plotke, Schulrecht, S. 294).

70 Vgl. auch Plotke, Probleme, S. 181f. über die IV. Gurtentagung vom 3. bis 6. Feb. 1972, welche sich mit den kantonalen Maturitätsprüfungen und ihren Verschiedenheiten befasste.

- B) Erfordernis der voraussichtlichen beruflichen Eignung bei Ausbildungseinrichtungen, die auf Tätigkeiten im Staatsdienst vorbereiten

Die voraussichtliche berufliche Eignung wird vor allem für den Zugang zu Ausbildungen für pädagogische Berufe verlangt⁷¹⁾. Diese Voraussetzung geht über das Erfordernis der Eignung für den Ausbildungsgang hinaus. Es ergeben sich zusätzliche Anforderungen namentlich hinsichtlich Charakter und Gesundheit des Bewerbers⁷²⁾.

Zunächst ist zu untersuchen, an welchen verfassungsrechtlichen Garantien Zulassungsordnungen von Ausbildungsgängen für den Staatsdienst zu messen sind: Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung bezieht sich die HGF nur auf privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten⁷³⁾. Zweifellos hatte der Verfassungsgeber bei den Regelungen über die HGF den Staatsdienst nicht im Auge.

Dies zeigen die Entstehungsgeschichte - Art. 31 BV in der seit 1874 geltenden Fassung sollte vorab den noch bestehenden Zunftszwang beseitigen⁷⁴⁾ -, die verwendeten Begriffe wie "Handel", "Gewerbe", "Volkswirtschaft" sowie die Vorschriften, welche die staatlichen Regelungsbefugnisse in dem durch die Garantie abgedeckten Bereich umschreiben.

Der Gedanke der persönlichkeitsnahen Berufswahlfreiheit und deren Bedeutung für die persönliche Entfaltung schlechthin verlangen jedoch, dass auch Bewerber um den Zugang zu Ausbildungen für den - seit dem letzten Jahrhundert ganz erheblich erweiterten - staatlichen Berufssektor grundrechtlichen Schutz geniessen⁷⁵⁾. Diesen vermittelt das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit⁷⁶⁾.

71 Seminare für Lehrer, Kindergärtnerinnen u.s.w.; vgl. Plotke, Schulrecht, S. 274.

72 Vgl. Plotke, Probleme, S. 189ff.

73 Gygi Fritz, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 39, 51; Marti Hans, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Neubearbeitete Aufl., Bern 1976, S. 40f.; Widmer Max, Die Gewerbefreiheit nach schweizerischem und die Berufsfreiheit nach deutschem Recht, Berner Diss. 1967, S. 40; BGE 106 Ia 103 E. 6a, 103 Ia 401 E. 2c.

74 Burckhardt, S. 224.

75 Siehe Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 115/1979, S. 131f.

76 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

Allerdings ergibt auch eine den grundrechtlichen Aspekt berücksichtigende Güterabwägung, dass dem Gemeinwesen weitergehende Einflussnahmen zustehen, wenn es den Zugang zur Ausbildung für die eigenen Arbeitsstellen regelt, als wenn es um die Vergabe anderer (Aus-)Bildungsleistungen geht⁷⁷⁾. Deshalb ist die Möglichkeit, dass ein Anwärter nach absolvierter Ausbildung den Anforderungen der betreffenden Tätigkeit im Staatsdienst nicht gewachsen ist, nicht nur als persönliches Risiko des Betroffenen zu betrachten, welches den staatlichen Aufnahmeentscheid nicht beeinflussen darf. Das öffentliche Interesse am möglichst effizienten Einsatz der staatlichen Aufwendungen für die Rekrutierung seiner Angestellten rechtfertigt somit grundsätzlich das Erfordernis der voraussichtlichen beruflichen Eignung. Allerdings ist daran zu erinnern, dass der Vorhersagewert der heute gängigen Verfahren zur Eignungsabklärung begrenzt ist⁷⁸⁾. Dies gilt auch und erst recht, wenn die spätere berufliche Fähigkeit des Anwärters zu beurteilen ist, häufig zu einem Zeitpunkt, in welchem seine körperliche und seelische Entwicklung nicht abgeschlossen ist⁷⁹⁾. Für die zurückhaltende Handhabung dieser Zulassungsschranke spricht auch, dass mit der erfolgreichen Absolvierung von Ausbildungen für öffentliche Aemter kein Anspruch verbunden ist, tatsächlich im Staatsdienst beschäftigt zu werden⁸⁰⁾.

77 Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 115/1979, S. 132; nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gilt die Berufswahlfreiheit zwar "ihrem Wesen nach" auch für Berufe im öffentlichen Dienst, doch lässt die Spezialbestimmung von Art. 33 GG weithin Sonderregelungen zu (BVerfGE 39, 369 E. 4 m.w.H.; gleicher Meinung Schmidt-Bleibtreu/Klein, N. 8 zu Art. 12 GG; gegen die Anwendbarkeit der Berufswahlfreiheit Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 196ff. zu Art. 12 GG).

78 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/3 u. 4/a.

79 Plotke, Probleme, S. 189ff.; ders., Schulrecht, S. 274.

80 Siehe z.B. § 8 des zürcherischen Lehrerbildungsgesetzes vom 24. Dezember 1978 (GS ZH 414.41), wonach das Wählbarkeitszeugnis trotz erworbenen Lehrpatents verweigert werden kann, wenn aus bestimmten Gründen die berufliche Eignung fehlt oder zweifelhaft ist; auch das Wählbarkeitszeugnis seinerseits begründet kein Recht auf eine Anstellung; siehe auch BGE 104 Ia 190f. E. 3 betreffend Zulassung eines Militärdienstverweigerers zur Grundbuchverwalterprüfung: Mit dem Bestehen der Prüfung entsteht keinerlei Anspruch auf Beschäftigung im öffentlichen Dienst.

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Entscheid des St. Galler Regierungsrates über die Zulassung zu einem Lehrerseminar(81). Der Erziehungsrat hatte das Gesuch eines Sieben-Tage-Adventisten auf provisorische Aufnahme abgelehnt, weil dieser entsprechend seiner religiösen Ueberzeugung den Besuch des Samstag-Unterrichts ablehnte. Er hatte dies unter anderem damit begründet, dass das Lehrerseminar Lehrkräfte für den Kt. St. Gallen auszubilden habe und dass Absolventen, die am Samstag nicht unterrichten könnten, keine Lehrbewilligung im Kanton erhielten. Demgegenüber führte der Regierungsrat aus, dass Seminarbesuch und Erteilung des Wahlfähigkeitszeugnisses von verschiedenen Voraussetzungen abhängig seien(82).

Im Lichte obiger Ausführungen ist es nicht zulässig, Männer wegen angeblichen Mangels an beruflicher Eignung zu Seminaren für Arbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen sowie für Kindergärtnerinnen gar nicht erst zuzulassen⁸³). M.E. zu Recht hat das Bundesgericht sodann entschieden, dass es nicht angehe, einem Dienstverweigerer aus religiös-ethischen Gründen die Absolvierung der Grundbuchverwalterprüfung zu verweigern, weil es ihm an der für den öffentlichen Dienst erforderlichen Vertrauenswürdigkeit fehle⁸⁴).

C) Erfordernis des guten Leumunds bei weiterführenden Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen

Dem Zulassungserfordernis des guten Leumunds können verschiedene Motive zugrunde liegen.

Die Leumundsanforderung kann damit begründet sein, dass der zu erlernende Beruf eine besondere Vertrauenswürdigkeit voraussetzt⁸⁵).

Soweit es dabei um Tätigkeiten im Staatsdienst geht, kann auf die

81 Entscheid vom 16. Jan. 1973 i.S. Z., in: SGGVP 1973 Nr. 30, S. 63ff.

82 SGGVP 1973 Nr. 30, S. 68f. E. 7.

83 Vgl. Plotke, Schulrecht, S. 277, 354.

84 BGE 104 Ia 187ff.; vgl. aber BGE vom 2. Feb. 1977, in: ZBl 78/1977 S. 372ff.: Nichtzulassung eines Bewerbers zu einem Ausbildungskurs für Primarlehrer mangels charakterlicher Berufseignung.

85 Vgl. Plotke, Schulrecht, S. 275; dieser Grund dürfte bei berufsspezifischen Ausbildungsgängen im Vordergrund stehen (vgl. etwa § 4 Abs. 2 lit. c der baselstädtischen Ordnung betr. die Technikerschule für die graphische Branche vom 19. Dez. 1979 (GS BS 421.700) und § 4 Abs. 2 lit. b der baselstädtischen Ordnung betr. die Höhere Schule für Gestaltung vom 27. Okt. 1982 (GS BS 421.800)).

vorangehenden Ausführungen zum Erfordernis der voraussichtlichen beruflichen Eignung verwiesen werden⁸⁶⁾. Geht es um den Zugang zur Ausbildung für eine privatwirtschaftliche Betätigung, so ist das Leumundserfordernis an der HGF zu messen⁸⁷⁾. Es beeinflusst unmittelbar die Möglichkeit, von der Berufswahlfreiheit Gebrauch zu machen oder kommt sogar einer Berufszulassungsvoraussetzung gleich, wenn die zu erlernende Tätigkeit ohne Absolvierung der betreffenden Ausbildung nicht ausgeübt werden darf.

Als weiteres Motiv dafür, den Zugang zu staatlicher (Aus-)Bildung von einem guten Leumund des Bewerbers abhängig zu machen, kommt der Schutz vor Störungen des Lehrbetriebes in Betracht.

Zwischen (Aus-)Bildungseinrichtungen und ihren Benützern besteht ein sogenanntes besonderes Rechtsverhältnis. Die Bedeutung dieser Rechtsfigur ist in jüngerer Zeit relativiert worden: War früher der dem Rechtsverhältnis zugrunde liegende Zweck genügende Grundlage für die notwendigen Einschränkungen der Freiheit der Benützer, so bedürfen nach heutiger Auffassung Grundrechtseingriffe auch hier der Verankerung in einem Erlass, wobei angesichts der Vielfalt erforderlicher Einschränkungen die Verwendung von Generalklauseln zulässig sein kann⁽⁸⁸⁾. Entscheidendes Gewicht kommt dann ihrer verfassungskonformen Anwendung zu⁽⁸⁹⁾.

Das Bundesgericht hat es für zulässig erklärt, den Eintritt in eine Universität zur Sicherung eines ungestörten Hochschulbetriebes von gewissen Anforderungen an die charakterliche Eignung des Bewerbers abhängig zu machen⁹⁰⁾. Im konkreten Fall hat es die Verweigerung der Immatrikulation für die Dauer eines Jahres wegen einer wenige Monate zuvor erfolgten Verurteilung des Anwärters zu einer bedingten Gefängnisstrafe von sieben Monaten durch ein Divisionsgericht für unverhältnismässig erachtet, da ein besonderes Risiko für Ordnung und Lehrbetrieb der Universität nicht bestehe und die schutzwürdigen Interessen der Hochschule durch das Disziplinarrecht hinreichend

86 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/B.

87 Vgl. BGE 103 Ia 544ff., 552ff. E. 6c-d betreffend Nichtzulassung eines Militärdienstverweigerers zu einem kantonalen Bergführerkurs.

88 BGE 99 Ia 268f. E. 4; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 108f.; Trachsel, S. 296ff.

89 Vgl. BGE 104 Ia 187ff., 102 Ia 328ff. E. 5; bei der abstrakten Normenkontrolle untersucht das Bundesgericht, ob die Vorschrift geeignet sei, verfassungswidrige Anordnungen zu verhindern (BGE 106 Ia 136ff. E. 3).

90 BGE 102 Ia 329 E. 5.

gewahrt seien⁹¹⁾. Angesichts dieser höchstrichterlichen Stellungnahme erscheint die Zulässigkeit noch bestehender Vorschriften fraglich, welche den guten Leumund als absolutes Erfordernis für den Zugang zu Bildungseinrichtungen formulieren⁹²⁾, zumindest soweit damit ausschliesslich der Schutz der Einrichtungsordnung bezweckt wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der gute Leumund das Fehlen nicht gelöschter Vorstrafen zwingend voraussetzt⁹³⁾.

Aus den bundesgerichtlichen Erörterungen zum Leumundserfordernis ergeben sich Gesichtspunkte, welche auf ähnliche Zulassungsschranken mit gleicher Zwecksetzung bei anderen Leistungseinrichtungen⁹⁴⁾ übertragen werden können: Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt eine Prüfung, ob ernstliche Anhaltspunkte für eine Störung der Einrichtungsordnung vorliegen⁹⁵⁾. Sodann ist das Disziplinarrecht zu berücksichtigen, durch welches möglicherweise dem Interesse am Schutz des Einrichtungsbetriebes genügend Rechnung getragen werden kann⁹⁶⁾. Schliesslich wäre auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, einen Anwärter zunächst nur provisorisch aufzunehmen.

91 BGE 102 Ia 329f. E. 5.

92 Vgl. § 2 Ziff. 2 des Reglementes für die Studierenden der Universität Zürich vom 17. Jan. 1967 (GS ZH 415.31) ("einwandfreier Leumund"); Art. 4 der Ordnung der Aufnahmeprüfung für die Immatrikulation an der Hochschule St. Gallen vom 7. Feb. 1969 (GS SG 217.42) ("befriedigender Leumund"); das neuere st. gallische Hochschulstatut sowie die jetzige bernische Zulassungsregelung verzichten auf das Leumundserfordernis (vgl. Art. 16 des st. gallischen Hochschulstatuts vom 18. Sept. 1975, GS SG 217.15 sowie Art. 26 der bernischen Vo über die Zulassung zum Studium an der Universität Bern vom 20. Sept. 1978, GS BE 436.71).

93 Gemäss BGE 104 Ia 189 E. 2b gibt es keinen bundesrechtlichen Begriff des guten Leumunds, doch wird damit im allgemeinen das Fehlen nicht gelöschter Vorstrafen verlangt.

94 Vgl. betreffend Bildungseinrichtungen z.B. § 60 des baselstädtischen Schulgesetzes vom 4. April 1929 (GS BS 410.100):

"Die öffentlichen Schulen sind nicht verpflichtet, folgende Schüler oder Schülerinnen aufzunehmen:

lit. b: Schüler, die aus einer anderen Schule wegen..... grober Vergehen oder fortgesetzter Uebertretung der Disziplinarvorschriften entlassen worden sind."

95 BGE 102 Ia 330.

96 BGE 102 Ia 330.

D) Aenderung von Zulassungserfordernissen und Vertrauensschutz

Die Ausbildung einer Person vollzieht sich nicht in einem einheitlichen Vorgang. Sie besteht vielmehr im Durchlaufen verschiedener, mehr oder weniger zahlreicher einzelner Bildungs- und Ausbildungsgänge⁹⁷⁾. Dabei müssen immer wieder zukunftsgerichtete Entscheidungen getroffen werden, da das Einschlagen eines bestimmten Weges die spätere Auswahl von (Aus-)Bildungszielen präjudiziert. Werden die Voraussetzungen des Zuganges zu einem bestimmten Lehrgang geändert, so können dadurch Erwartungen von Personen enttäuscht werden, die im Vertrauen auf den Fortbestand der alten Aufnahmeordnung bestimmte Dispositionen getroffen haben⁹⁸⁾. Hier kommt der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz⁹⁹⁾ zum Tragen.

Beziehen sich die Zulassungserfordernisse nach der neuen Regelung auf Sachverhalte, die zur Zeit des Inkrafttretens abgeschlossen sind, so liegt eine echte Rückwirkung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor¹⁰⁰⁾. Als Beispiel sei der Fall genannt, wo die Zulassung neu vom Erreichen eines bestimmten Notendurchschnittes in einer von den Bewerbern zur Zeit des Inkrafttretens bereits

97 Kölz bezeichnet die Ausbildungsordnungen als klassischen Bereich zeitlich beschränkter, mehrgliedriger Sachverhalte (Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 216); siehe auch Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 284.

98 Das Bundesverfassungsgericht bringt dies im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Uebergangsregelung zum Hochschulzulassungsrecht folgendermassen zum Ausdruck: "Bei der Bewertung..... fällt ins Gewicht, dass Ausbildungsentscheidungen ihrer Natur nach auf Langzeitwirkung angelegt und für den gesamten weiteren Lebensweg bestimmend sind und dass eine Aenderung der bisherigen Dispositionen um so schwerer wiegt, je länger sich der Betroffene danach verhalten hat." (BVerfGE 43, 391).

99 Zur verfassungsrechtlichen Fundierung siehe vorne, unter Kap. 2/ § 6/II/C.

100 Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 168 unten; zum bundesgerichtlichen Rückwirkungsbegriff siehe BGE 107 Ib 196 E. 3b; die enge Fassung des Bundesgerichts wird in der Lehre befürwortet (vgl. die Hinweise bei Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 163f.).

abgeschlossenen Vorbildung abhängig gemacht wird¹⁰¹⁾. Die Rückwirkung ist nur unter den vom Bundesgericht entwickelten Voraussetzungen¹⁰²⁾ zulässig. Zu prüfen ist insbesondere, ob für die Erfassung von Sachverhalten, die durch die Bewerber nicht mehr beeinflusst werden können, ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe¹⁰³⁾.

Dem Vertrauensschutz ist aber auch dann Rechnung zu tragen, wenn zwar keine eigentliche Rückwirkung vorliegt, die Aenderung von Zulassungsvorschriften jedoch Erwartungen von Personen enttäuscht, die mit gutem Grund darauf gezählt haben, noch nach der alten Ordnung behandelt zu werden¹⁰⁴⁾. Es ist abzuklären, ob die Betroffenen gestützt darauf nicht oder nur schwer korrigierbare Entscheidungen getroffen haben, von denen anzunehmen ist, dass sie bei Kenntnis von der Unterstellung unter das neue Recht anders ausgefallen wären.

Es handelt sich hierbei um Fälle der sogenannten unechten Rückwirkung. Eine solche liegt vor, wenn das neue Recht Verhältnisse betrifft, die unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind,

101 Ein weiteres Beispiel nennt Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 216: Neueinführung des Lateinobligatoriums für das Jura- oder das Medizinstudium. Bei Anwendung dieser Voraussetzung auf Studienbewerber mit abgeschlossener Matura läge zweifellos eine echte Rückwirkung vor. Einer solchen gleich käme es aber auch, wenn dieses Erfordernis für zukünftige Bewerber Geltung hätte, die zur Zeit des Inkrafttretens der neuen Regelung die Mittelschule bereits begonnen haben. Ihr Entscheid für einen bestimmten Maturitätstypus wird umso schwerer abänderbar, je weiter die Mittelschulbildung bereits fortgeschritten ist.

102 Zusammenfassend Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 169: Sie muss: 1) ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt sein, 2) in zeitlicher Beziehung mässig sein, 3) sich durch beachtenswerte Gründe rechtfertigen lassen; sie darf nicht: 4) zu stossenden Rechtsungleichheiten führen, 5) in wohlerworbene Rechte eingreifen.

103 Kölz führt m.E. zu Recht aus, dass das Kriterium "beachtenswerte Gründe" wenig aussagekräftig sei, da diese Anforderung für jedes Gesetz - auch das nichtrückwirkende - gelte. Gemeint sei, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse die Rückwirkung und den damit verbundenen Eingriff in das Geltungsvertrauen rechtfertigen müsse (Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 170).

104 Vgl. zum folgenden Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 285ff., 290ff.

bei Inkrafttreten des neuen Rechts aber andauern(105). Das Bundesgericht bezeichnet die unechte Rückwirkung - im Gegensatz zur echten - für grundsätzlich zulässig(106). Es ist jedoch zu prüfen, ob nicht das Anliegen von Personen, welche in berechtigtem Vertrauen auf den Fortbestand der alten Ordnung enttäuscht wurden, gegenüber dem öffentlichen Interesse an der möglichst raschen Wirksamkeit des neuen Rechts überwiegt(107). Die vorzunehmende Abwägung unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der oben beschriebenen bei der echten Rückwirkung. Dies hängt damit zusammen, dass unechte Rückwirkungen hinsichtlich der Auswirkungen den echten nahe oder gleich kommen können(108). Wenn von der grundsätzlichen Zulässigkeit der unechten Rückwirkung gesprochen wird, so liegt dies daran, dass an das Vorliegen berechtigten Vertrauens in die Fortgeltung des alten Rechts sowie an das Vorliegen nicht oder nur schwer wieder gut zu machender nachteiliger Dispositionen hohe Anforderungen zu stellen sind(109).

-
- 105 Vgl. BGE 107 Ib 196 E. 3b; 106 Ia 258 E. 3a m.w.H.; siehe auch BVerfGE 43, 391: "Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtig noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet.....".
- 106 Vgl. BGE 107 Ib 196 E. 3b m.w.H.; die gleiche Praxis übt auch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 43, 391).
- 107 Vgl. Weber-Dürler, Vertrauensschutz, S. 291 m.w.H.; Beispiele für derartige Abwägungen: BGE 106 Ia 254ff. (Einführung einer längeren Ausbildungszeit für Seminaristen; Anwendbarkeit dieser Regelung auch auf Ausbildungsverhältnisse, welche zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits begonnen hatten) sowie der gleich zu erörternde Entscheid des Bundesgerichtes vom 21. Sept. 1976 i.S. Popp; siehe auch BVerfGE 43, 391: "Regelungen mit unechten Rückwirkungen sind..... grundsätzlich zulässig. Doch sind der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes je nach Lage der Verhältnisse Schranken gesetzt. Für die Entscheidung, ob im Einzelfall das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber beanspruchen kann, ist einerseits die Schutzwürdigkeit des erlangten Besitzstandes und andererseits die Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit massgeblich, die gegeneinander abzuwägen sind.....".
- 108 Es sei an das oben, in Fn.101, genannte Beispiel der Einführung des Lateinobligatoriums für bestimmte Studienfächer erinnert.
- 109 Vgl. BGE 106 Ia 261f. E. 4c, wo das Bundesgericht ausführt, die beschwerdeführenden Seminaristen hätten damit rechnen müssen, dass ein bereits seit zehn Jahren in Bearbeitung stehendes Gesetz auch noch auf ihre begonnene Ausbildung zur Anwendung komme und zwar auch hinsichtlich der Verlängerung der Ausbildungszeit (kritisch dazu Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, S. 219f.).

Ein anschauliches Beispiel findet sich in einem nicht publizierten Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 1976¹¹⁰⁾.

Der basellandschaftliche Regierungsrat hatte 1974 die Zulassung zum Lehrerseminar neu geregelt und unter anderem eine Eignungsprüfung eingeführt. Die betreffende Regelung sollte 1974 in Kraft treten, wobei die Schüler der Diplomabteilung des Gymnasiums, Typus M, welche vor 1974 in die erste Klasse eingetreten waren, vom Erfordernis der Aufnahmeprüfung ausgenommen wurden, da dieser Lehrgang spezifisch als Vorbereitung zur Lehrerausbildung konzipiert war. 1976 unterstellte jedoch der Regierungsrat in Abänderung der genannten Uebergangsregelung auch die Diplomschüler des Typus M der Aufnahmeprüfung ins Lehrerseminar, wenn sie im Herbst 1976 oder später das Diplomzeugnis erwerben würden.

Das Bundesgericht hob den regierungsrätlichen Beschluss von 1976 auf. Es hielt das Vertrauen der betreffenden Schüler darauf, dass sie prüfungsfrei zum Lehrerseminar zugelassen würden, für berechtigt. Als vertrauensauslösend betrachtete es insbesondere die Tatsache, dass der Regierungsrat 1974 eigens für diese Schüler eine übergangsrechtliche Sonderregelung geschaffen hatte. Dazu kam ein Schreiben der basellandschaftlichen Rektorenkonferenz von 1975, aus dem hervorging, dass die Sonderstellung des betroffenen Jahrganges auch durch die in Aussicht genommene Einführung des Numerus clausus am Lehrerseminar nicht berührt werde. Nachteilige Dispositionen, gestützt auf das berechnete Vertrauen, lagen nach bundesgerichtlicher Auffassung in zweierlei Hinsicht vor: Erstens war zur Erreichung des Diploms im Gymnasium Typus M nur in einem jener Fächer eine Prüfung abzulegen, die Gegenstand der Aufnahmeprüfung des Lehrerseminars waren. Es war davon auszugehen, dass die Diplomschüler deshalb diesen Fächern im Vertrauen auf die prüfungsfreie Zulassung weniger Gewicht beigelegt hatten, als wenn sie von der Unterstellung unter die Eignungsprüfung gewusst hätten. Diese Disposition war auch schwerlich wieder gut zu machen, da die betroffenen Schüler vor dem letzten Jahr der Diplommittelschule standen. Zweitens fiel für das Ergebnis der Aufnahmeprüfung der Mittelschulabschluss ins Gewicht, der seinerseits teilweise von Erfahrungsnoten abhing. Diese wiederum standen zum Teil zum Zeitpunkt der Aenderung der Uebergangsordnung im Jahre 1976 bereits fest. Insoweit lag bezüglich des Aspektes der Erfahrungsnote sogar eine echte Rückwirkung vor.

110 Nicht veröffentlichter BGE vom 21. Sept. 1976 i.S. Popp.

II. Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege

A) Gesundheitszustand

In Zulassungsordnungen für Altersheime ist in der Regel die Aufnahme von Personen ausgeschlossen, welche infolge Krankheit einer besonderen Pflege bedürfen¹¹¹⁾. Derartige Vorschriften finden ihre Begründung darin, dass die betreffenden Institutionen in personeller und sachlicher Hinsicht nicht für eine eigentliche Krankenversorgung eingerichtet sind. Soweit dies tatsächlich zutrifft, sind die betreffenden Regelungen nicht zu beanstanden. Es bleibt die Forderung nach ihrer verfassungskonformen Handhabung. Entsprechend dem Sinn dieser Zulassungsschranke wird darauf abzustellen sein, ob zum Zeitpunkt des Zulassungsentscheides zu erwarten ist, dass der Bewerber längerfristig eine Pflege benötigen wird, welche die Möglichkeiten des Heimes unter Berücksichtigung der von ihm wahrgenommenen Aufgabe klar übersteigt. Dass den mit den Verhältnissen vertrauten Organen diesbezüglich ein Spielraum der Beurteilung zustehen muss, ist selbstverständlich.

In die entgegengesetzte Richtung laufen Zulassungserfordernisse bei Pflegeheimen und Spitälern. Hier setzt die vermittelte Leistung ein bestimmtes Mass an gesundheitlicher Beeinträchtigung voraus. Rechtliche Auseinandersetzungen darüber sind eher unwahrscheinlich. Auch setzt die Beurteilung der Pflegebedürftigkeit und der Spitalbedürftigkeit¹¹²⁾ medizinisches Fachwissen voraus und ist deshalb nur in engen Grenzen justizierbar¹¹³⁾.

111 Art. 8 der Statuten des Pfrundhauses Glarus vom 27. Nov. 1981: "Schwerkranke Personen werden nicht aufgenommen."; Art. 2 Abs. 5 der zürcherischen Heimordnung für Altersheime und Alterswohnheime vom 13. Dez. 1960 (BS I, 703f.): "Dauernd pflegebedürftige Betagte können nicht aufgenommen werden.".

112 Vgl. Art. 1 Abs. 1 der zürcherischen Vo über die Aufnahme von Patienten in den Stadtspitälern vom 1. Apr. 1966 (BS II, 279): "Spitalbedürftige Kranke"; Art. 1 Abs. 1 lit. a der zürcherischen Vo über die Aufnahme von Patienten in die städtischen Krankenhäuser vom 1. Apr. 1966 (BS II, 282): "Kranke und Rekonvaleszenten, die einer Höhenkur bedürfen"; Art. 1 Abs. 1 der glarnerischen Vo über die Organisation des Kantonsspitals vom 26. Apr. 1978 (GS GL VIII/A/211/1): "Patienten, die Spitalpflege benötigen".

113 Vgl. betreffend Spitalbedürftigkeit Keller, S. 70ff., 89f.

B) Wohnsitz und Bürgerrecht

Bisweilen wird der Wohnsitz im Trärgemeinwesen nicht bloss als Kriterium bevorzugter Aufnahme, sondern als eigentliches Zulassungserfordernis statuiert¹¹⁴⁾. Dagegen dürften bürgerliche oder burgerliche Altersheime, welche dem Heimatrecht die entsprechende Bedeutung verleihen, am Verschwinden sein¹¹⁵⁾. Dass der Zugang auf den Kreis der Einwohner und Bürger beschränkt wird, sehen hingegen auch neuere Erlasse vor¹¹⁶⁾.

Die genannten Zulassungsvoraussetzungen bezwecken - wie bereits erwähnt¹¹⁷⁾ - einem begrenzten Kreis potentieller Benützer optimale Aufnahmechancen zu verleihen. Auf sie soll deshalb bei den quantitativen Zulassungsschranken eingegangen werden¹¹⁸⁾.

114 Gemäss Art. 2 Abs. 1 der stadtzürcherischen Heimordnung für Altersheime und Alterswohnheime vom 13. Dez. 1960 (BS I, 703) haben Anspruch auf Unterkunft Betagte mit zivilrechtlichem Wohnsitz in der Stadt Zürich. Die Aufnahme von Betagten mit zivilrechtlichem Wohnsitz in einer anderen Gemeinde darf nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Gründe mit Zustimmung des Sozialamtes erfolgen (Art. 2 Abs. 3).

115 Gemäss dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 der Statuten des stadtzürcherischen Bürgerasyls vom 15. Okt. 1947 (BS I, 709) und von Art. 1 der Statuten des stadtzürcherischen Pfrundhauses vom 3. Nov. 1948 (BS I, 711) werden in diese Institutionen nur stadtzürcherische Bürgerinnen und Bürger aufgenommen. Seit 1981 unterstehen jedoch die beiden Einrichtungen der Heimordnung für die Altersheime und Alterswohnheime des Sozialamtes vom 13. Dez. 1960 (BS I, 703), welche als grundsätzliche Aufnahmevoraussetzung den Wohnsitz in der Stadt Zürich statuiert (siehe oben, Fn. 114). Auf eine entsprechende Anfrage schrieb die Fürsorgedirektion des Kt. BE: "Im Kanton Bern ist das Bürgerrecht einzig für die Aufnahme in eines der weniger burgerlichen Altersheime ein wesentliches Kriterium."

116 Siehe Art. 15 des genferischen Gesetzes "sur les établissements publics médicaux" vom 19. Sept. 1980 (GS GE VII/K/2/1): Aufnahme in die allgemeine Abteilung für nicht dringliche Behandlungen grundsätzlich nur von Kantonsbürgern und -einwohnern.

117 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2 vor I.

118 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 3/II/A u. B.

C) Kostensicherstellung als Zulassungserfordernis bei Spitälern ?

Aufnahme- oder Taxordnungen öffentlicher Krankenhäuser enthalten üblicherweise eine Bestimmung, wonach die Spalkosten durch eine Kostengutsprache oder bei Selbstzahlern durch Einlage eines Vorschusses in bar sicherzustellen sind¹¹⁹⁾. Solchen Regelungen kann jedoch nicht der Charakter einer absolut geltenden Zulassungsvoraussetzung zukommen. In Notfällen erfolgt die Aufnahme ohnehin vorbehaltlos¹²⁰⁾. Aber auch sonstige Spitalbehandlungen dürfen im Fall fehlender Sicherstellung nicht generell vorenthalten werden¹²¹⁾. Die Leistungsverweigerung stellt die schärfste Sanktion anstattlich genutzter öffentlicher Einrichtungen dar. Bei Spitälern wird das Verhältnismässigkeitsprinzip in aller Regel die Anwendung anderer Verwaltungsmassnahmen gebieten¹²²⁾. Angesichts des heutigen Versicherungsnetzes sowie des ausgebauten Systems öffentlicher und privater Fürsorge dürften die Sicherstellungsvorschriften der staatlichen Krankenhäuser ohnehin wenig Anlass zu praktischen Problemen geben¹²³⁾. Denkbar ist dies bei Patienten, deren Betreuung mangels schweizerischen Wohnsitzes ausgeschlossen ist. Ob ihre Aufnahme tatsächlich von der Sicherstellung abhängig gemacht werden darf, ist aufgrund der medizinischen Dringlichkeit der gewünschten Behandlung zu entscheiden. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die tatsächliche Möglichkeit solcher Aufnahmebewerber, sich an ihrem Herkunftsort behandeln zu lassen.

119 Vgl. Keller, S. 75ff.; Art. 2 Abs. 3 der zürcherischen Vo über die Aufnahme von Patienten in den Stadtspitälern vom 1. Apr. 1966 (BS II, 279); Art. 10 der glarnerischen Taxordnung des Kantonsspitals vom 24. Apr. 1974 (GS GL VIII/A/213/2).

120 So ausdrücklich Art. 10 Abs. 2 der oben, Fn 119, zitierten glarnerischen Taxordnung; siehe auch die bei Keller, S. 74 wieder-gegebene Weisung des St. Galler Sanitätsdepartements über die Aufnahme von Notfällen in die kantonalen Krankenanstalten.

121 Vgl. Keller, S. 76.

122 Vgl. zur Verhältnismässigkeit und Rangordnung von Verwaltungs-sanktionen Imboden/Rhinow, Nr. 56, insbes. Nr. 56/B/III betr. Leistungsverweigerung.

123 So auch Keller, S. 76f.

III. Erschliessungseinrichtungen

Die Raumplanung führt den Boden verschiedenen Arten der Nutzung zu und trennt insbesondere Bauland von nicht überbaubaren Flächen¹²⁴⁾. Dementsprechend richtet das Gemeinwesen seine Erschliessungstätigkeit auf das Baugebiet beziehungsweise Teile desselben aus. Anderes Land wird grundsätzlich nicht erschlossen¹²⁵⁾.

Man kann das Baulanderfordernis als qualitative Schranke des Anschlusses an Erschliessungsanlagen betrachten. Die vermittelte Leistung setzt die Zugehörigkeit des anzuschliessenden Grundstücks zum Baugebiet beziehungsweise zu einer zur Ueberbauung freigegebenen Etappe desselben voraus. Allerdings ist die Nichterschliessung von Land ausserhalb der Bauzone nur die Folge davon, dass dieses nicht überbaut werden darf. Anders sieht es aus, wenn der Anschluss eines gemäss Zonenordnung überbaubaren Grundstückes verweigert wird. Darauf ist bei den quantitativen Zulassungsschranken zurückzukommen¹²⁶⁾.

Versorgungsbetriebe werden gelegentlich noch von örtlichen Korporationen des öffentlichen Rechts getragen¹²⁷⁾. Dabei kann die Mitgliedschaft bei denselben von bestimmten Voraussetzungen, beispielsweise dem Eigentum an einem Grundstück im Korporationsgebiet, abhängig sein¹²⁸⁾. In aller Regel dürfte es sich jedoch dabei nicht um eine eigentliche qualitative Voraussetzung der Zulassung zur Benützung handeln, versorgen doch derartige Erschliessungseinrichtungen bei Bedarf auch Nichtmitglieder¹²⁹⁾. Eine Leistungsverweigerung solchen Bewerbern gegenüber wäre an den durch die Eigentumsgarantie noch erhöhten Anforderungen des Rechtsgleichheitsgebotes zu messen. Denkbar sind hingegen Interessenkonflikte in bezug auf die Benützungskosten, wenn es zwei Kategorien von Leistungsbezügern, nämlich Mitglieder und Nichtmitglieder, gibt¹³⁰⁾.

124 Art. 14ff. RPG.

125 Schürmann, Bau- und Planungsrecht, S. 83. Vorbehalten bleibt der Anschluss von ausserhalb der Bauzone gelegenen Grundstücken, welche nach Art. 24 RPG ausnahmsweise überbaut werden dürfen.

126 Dazu hinten, unter Kap. 3/§ 3/III.

127 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/III/A/2/b/aa.

128 Vgl. Lang, S. 443.

129 Vgl. Lang, S. 443 u. 449; Merz, S. 218f.

130 Siehe dazu Lang, S. 449.

IV. Freizeiteinrichtungen

Hinter den qualitativen Zulassungsschranken öffentlicher Freizeiteinrichtungen steht regelmässig das Motiv des Schutzes der Einrichtungenbenützer oder der Einrichtungsordnung. Zu erwähnen sind etwa Regelungen, wonach Personen mit ansteckenden Krankheiten nicht zu öffentlichen Badeanlagen¹³¹⁾ und Bibliotheken¹³²⁾ zugelassen werden sowie verlangte Mindestalter für den Zugang zu Theatern oder Bibliotheken¹³³⁾. Rechtliche Probleme stellen sich bei derartigen Bestimmungen in der Regel keine.

Immerhin könnten einzelne Vorschriften Anlass zu nicht akzeptablen Diskriminierungen geben. So bedarf beispielsweise die Bestimmung, wonach Personen mit "Anstoss erregenden Krankheiten" der Zutritt zu öffentlichen Badeanstalten untersagt ist¹³⁴⁾, sorgfältiger Handhabung.

Wie schon bei Altersheimen und Krankenhäusern kommen auch bei kommunalen Freizeiteinrichtungen Bestimmungen vor, welche den Wohnsitz im Trärgemeinwesen zur Zulassungsvoraussetzung machen¹³⁵⁾. Es geht dabei um eine Sonderform quantitativer Beschränkung des Zuganges¹³⁶⁾, auf die an entsprechender Stelle zurückzukommen ist¹³⁷⁾.

131 Vgl. § 9 der stadtzürcherischen Vo über die öffentlichen Badeanlagen vom 11. März 1970 (BS II, 314).

132 Vgl. Herbig, S. 195.

133 Vgl. Herbig, S. 195.

134 § 9 der oben, Fn. 131, zitierten Vo über die öffentlichen Badeanlagen.

135 Siehe BGE 100 Ia 287ff.

136 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/II/B.

137 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 3/IV.

§ 3 Quantitative Zulassungsschranken

Quantitative Zulassungsschranken hängen zumeist mit der begrenzten Leistungsfähigkeit der öffentlichen Einrichtungen zusammen. Das verfügbare staatliche Leistungsangebot wiederum ergibt sich regelmässig aus haushaltspolitischen Prioritätsentscheidungen¹⁾. Nicht primär kapazitätsbedingt sind bedarfsorientierte Zulassungsbeschränkungen im staatlichen Ausbildungswesen.

Die Besonderheit der Leistungsvergabe durch öffentliche Einrichtungen liegt darin, dass die Nachteile eines mengenmässig ungenügenden Angebotes nicht gleichmässig auf alle (potentiellen) Leistungsempfänger verteilt werden können²⁾. Vielmehr wird ein Teil der die qualitativen Zulassungserfordernisse erfüllenden Bewerber aufgenommen, der andere Teil aber abgewiesen. Im folgenden wird zu prüfen sein, ob und unter welchen Voraussetzungen quantitative Zulassungsschranken angesichts der mit ihnen verbundenen Problematik vor der Verfassung standhalten. Sodann sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Durchführung zahlenmässiger Beschränkungen des Zuganges zu erörtern.

I. Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen: Numerus clausus

A) Numerus clausus im schweizerischen Bildungs- und Ausbildungswesen

In der Diskussion um den Numerus clausus bei der Zulassung zu staatlichen (Aus-)Bildungseinrichtungen standen bisher die Hochschulen stark im Vordergrund. Die besondere Brisanz gründet zum einen im hohen gesellschaftlichen Stellenwert der akademischen Ausbildung³⁾

1 Nicht durch blosser Erhöhung der staatlichen Aufwendungen vergrössert werden kann die Zahl der für Transplantationen verfügbaren menschlichen Organe (siehe hinten, unter Kap. 3/§ 3/II/B).

2 BVerfGE 33, 332f. betreffend Numerus clausus an Hochschulen.

3 Vgl. Zenger, S. 5.

und zum andern darin, dass Zulassungsbeschränkungen an kantonalen Universitäten zu einem eigentlichen Prüfstein für die föderalistische Bewältigung einer nationalen Aufgabe würden⁴⁾.

In der politischen Diskussion⁵⁾ wird die Bewahrung des freien Hochschulzuganges von den einen als grundlegendes Anliegen der liberalen Ordnung bezeichnet. Es kommen Befürchtungen zum Ausdruck, dass Zulassungsbeschränkungen die ökonomisch schwächeren Bevölkerungsschichten sowie die Angehörigen der Nichthochschulkantone besonders benachteiligen würden. Die Numerus-clausus-Problematik bei den Hochschulen stellt eine Herausforderung an den sozialen Rechts- und an den Bundesstaat dar.

Es gibt aber auch Stimmen, welche die Zielsetzung, Zulassungsbeschränkungen auf jeden Fall zu verhindern, in Frage stellen. Von dieser Seite wird auf die damit verbundenen hohen Kosten verwiesen. Auch macht man darauf aufmerksam, dass im gewerblichen und industriellen Sektor ein Numerus clausus an Ausbildungsplätzen (Lehrstellen) seit jeher bestanden habe. Häufig wird hinsichtlich der Mediziner Ausbildung, welche bei der schweizerischen Numerus-clausus-Diskussion bisher im Vordergrund stand⁶⁾, auf den Zusammenhang zwischen der Zunahme der Aerztezahl und der Kostenexplosion im Gesundheitswesen hingewiesen.

Zur Zeit sieht es danach aus, dass an schweizerischen Hochschulen kapazitätsbedingte Zulassungsbeschränkungen vermieden werden können⁷⁾. Man rechnet zwar mit einem regelmässigen, aber nicht mehr steilen Ansteigen der Studentenzahlen bis 1987. Für die darauffolgenden Jahre wird eine Stabilisierungsphase prognostiziert. Ab etwa 1990 soll ein leichter Rückgang einsetzen⁸⁾.

Im Unterschied zum Hochschulwesen ist der Numerus clausus in anderen (Aus-)Bildungsbereichen auch in der Schweiz Realität. Er ist nament-

4 Vgl. Hangartner, Numerus clausus, S. 832.

5 Die im folgenden erwähnten Gesichtspunkte wurden - neben weiteren - in der parlamentarischen Diskussion zur Aenderung des Bundesbeschlusses über die vierte Beitragsperiode zum Hochschulförderungsgesetz angeführt (vgl. Botschaft zum Abänderungsbeschluss vom 14. Juni 1982, in: BB1 1982 II 497ff., sowie StenBull. NR 1982, S. 1034ff. und StenBull. SR 1982, S. 436ff.). Die genannte Abänderung bezweckte, die drohende Einführung von Zulassungsbeschränkungen für das Medizinstudium auf den Herbst 1982 zu verhindern.

6 Vgl. Zenger, S. 2 mit Hinweisen.

7 Siehe Zenger, S. 64.

8 Angaben aus der bundesrätlichen Botschaft zur Aenderung des Bundesbeschlusses über die vierte Beitragsperiode des Hochschulförderungsgesetzes vom 14. Juni 1982, in: BB1 1982 II 510ff.

lich in Zulassungsordnungen von Seminaren für pädagogische Berufe⁹⁾, von Techniken¹⁰⁾ sowie von weiteren speziellen Ausbildungseinrichtungen¹¹⁾ ausdrücklich vorgesehen oder wenigstens angetönt. Dagegen ist der Zugang zu den allgemeinbildenden Mittelschulen offenbar weiterhin nur von der Erfüllung der qualitativen Anforderungen abhängig¹²⁾.

Bei den unter den Geltungsbereich des eidgenössischen Berufsbildungsgesetzes⁽¹³⁾ fallenden Ausbildungen⁽¹⁴⁾ sind die Kantone verpflichtet, den Lehrlingen aus den auf ihrem Gebiet gelegenen

9 Vgl. § 15 des zürcherischen Lehrerbildungsgesetzes vom 24. Sept. 1978 (GS ZH 414.41); § 128 des basellandschaftlichen Schulgesetzes vom 26. Apr. 1979 (GS BL Bd. VI/Nr. 640), gestützt darauf Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar vom 10. Feb. 1981 (GS BL Bd. VI/Nr. 640.271) und § 2 u. § 7 der Vo über die Ausbildung von Kindergärtnerinnen und Kindergärtnern vom 18. Nov. 1980 (GS BL Bd. VI/Nr. 640.274) sowie Vo über die Grösse des Primarlehrerkurses 19 und des Kindergärtnerinnenkurses 14 am Lehrerseminar vom 7. Juni 1983 (GS BL VI/Nr. 640.273). Mit der ausführlichen Regelung des Numerus clausus reagierte der Kt. BL auf die bundesgerichtliche Kritik an der früheren ungenügenden gesetzlichen Verankerung (BGE 103 Ia 394ff.). Siehe im weiteren § 9 des baselstädtischen Lehrerbildungsgesetzes vom 16. März 1922 (GS BS 430.100) und § 12 der Seminarordnung vom 27. Nov. 1974 (GS BS 430.210); § 5 Abs. 2 des baselstädtischen Reglementes über Ausbildung, Prüfung und Diplomierung von Heilpädagogen vom 27. Sept. 1978 (GS BS 430.700); Art. 13 des st. gallischen Gesetzes über die Pädagogische Hochschule vom 12. Juni 1980 (GS SG 215.2).

10 Vgl. z.B. § 5 Abs. 3 der baselstädtischen Ordnung betreffend die Technikerschule für die graphische Branche vom 19. Dez. 1979 (GS BS 421.700); Art. 2 Abs. 4 des Konkordates betreffend das Schweizerische Landwirtschaftliche Technikum vom 30. Juni 1964 (wiedergeg. in SR 412 191.02); Art. 14 Abs. 2 des Reglementes über Prüfungen und Promotionen am Interkantonalen Technikum Rapperswil vom 15. Juli 1976 (wiedergeg. in GS SG 234.24).

11 Vgl. z.B. § 5 Abs. 3 der baselstädtischen Ordnung betreffend die Höhere Schule für Gestaltung vom 27. Okt. 1982 (GS BS 421.800); § 7 Abs. 2 der baselstädtischen Vo über die Ausbildung medizinisch-biologischer Laborantinnen und Laboranten an den Basler Spitälern und Universitätsanstalten vom 27. Feb. 1968 (GS BS 427.100).

12 Jedenfalls fanden sich bei der Durchsicht der entsprechenden Zulassungsordnungen in den Kantonen Basellandschaft, Baselstadt, Bern, Glarus, St. Gallen und Zürich keine diesbezüglichen Hinweise.

13 Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 19. Apr. 1978 (BBG) (SR 412.10).

14 Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 des oben, Fn. 13, zitierten BBG.

Betrieben den Besuch des Pflichtunterrichts und der Berufsmittelschule zu ermöglichen¹⁵). Die Selektion für den Berufszugang spielt sich hier bei der Vergabe der angebotenen Lehrstellen ab¹⁶).

Es ist zu vermuten, dass neben den gesetzlich verankerten auch "verdeckte" Zulassungsbeschränkungen bestehen¹⁷), welche durch die Verschärfung der Zulassungsvoraussetzungen ohne Angabe des zugrundeliegenden Motives verwirklicht werden¹⁸).

Als Motiv für den Numerus clausus steht die Erschöpfung der Aufnahmefähigkeit im Vordergrund¹⁹). Bedarfsorientierte Zulassungsbeschränkungen sind namentlich bei Seminaren für pädagogische Berufe im Staatsdienst vorgesehen²⁰). Teilweise enthalten die betreffenden Vorschriften keine ausdrücklichen Angaben über den Grund für die Beschränkung des Zuganges²¹).

15 Art. 32 des oben, Fn. 13, zitierten BBG.

16 Dass dabei wiederum der vorgewiesenen Volksschulbildung eine wichtige Bedeutung zukommt, wurde bereits erwähnt (siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a).

17 Vgl. Plotke, Schulrecht, S. 283; es fällt auf, dass die Kantone Basel-Land und Basel-Stadt, deren Numerus-clausus-Regelungen bereits einmal dem Bundesgericht zur Prüfung vorlagen (BGE 103 Ia 394ff., 369ff.), quantitative Zugangsbeschränkungen vergleichsweise detailliert geregelt haben.

18 Siehe BGE 103 Ia 407: "Der mögliche Einwand, die angestrebte zahlenmässige Beschränkung..... hätte sich auch durch eine Verschärfung der Aufnahmeprüfung verwirklichen lassen.....".

19 Vgl. z.B. § 15 Abs. 1 des zürcherischen Lehrerbildungsgesetzes vom 24. Sept. 1978 (GS ZH 414.41): "Der Regierungsrat entscheidet über Zulassungsbeschränkungen..... Eine solche Massnahme ist..... nur zulässig, wenn die vorhandenen Räumlichkeiten und die personellen Kapazitäten nicht ausreichen."

20 Siehe etwa § 2 Abs. 1 der basellandschaftlichen Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar vom 10. Feb. 1981 (GS BL Bd. VI/Nr. 640.271); Art. 7 des bernischen Reglementes für die Aufnahmeprüfung in das kantonale Haushaltungslehrerinnen-Seminar vom 20. Juli 1954 (GS BE 430.217.211).

21 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 4/I/B/2.

- B) Beurteilung des Numerus clausus durch das Deutsche Bundesverfassungsgericht und durch das Schweizerische Bundesgericht

1. Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht geht bei der Beurteilung des Numerus clausus für Studienanfänger im Fach Medizin²²⁾ von einem Recht jedes hochschulreifen Staatsbürgers auf Zulassung zum Studium seiner Wahl aus²³⁾. Als Begründung zieht es zunächst die in Art. 12 GG statuierte Garantie der freien Wahl der Ausbildungsstätte heran. Im Falle der Erschöpfung der Ausbildungskapazität werde der enge Zusammenhang dieser Verbürgung zum ebenfalls in Art. 12 GG verankerten Recht auf freie Berufswahl von Bedeutung. Ausbildung, Berufswahl und Berufsausübung stellten einen einheitlichen, von der Ordnung des Art. 12 GG erfassten Lebensvorgang dar. Zumindest dann, wenn die Aufnahme eines Berufes, wie bei Aerzten, eine nur vom Staat vermittelte Ausbildung voraussetze, seien Beschränkungen im Zugang zu diesen Ausbildungen ähnlich streng zu beurteilen, wie Zulassungsvoraussetzungen für den Beruf selbst²⁴⁾.

Neben der genannten, eher vom klassischen Abwehrgedanken ausgehenden Argumentation²⁵⁾ stützt das Gericht den Hochschulzulassungsanspruch auch auf die Leistungsfunktion der Grundrechte, indem es sich des Teilhaberechtsbegriffes bedient²⁶⁾: Je stärker sich der moderne Staat der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwende, desto mehr trete im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung

22 BVerfGE 33, 303ff.

23 BVerfGE 33, 332 E. 1 am Ende.

24 BVerfGE 33, 329f. E. 1.

25 Vgl. auch Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 63 u. 430f. zu Art. 12 GG, wonach im Falle des staatlichen Ausbildungsmonopols Art. 12 GG auch als Abwehrrecht angesprochen sei und zudem der Ergänzung zum partiellen Teilhaberecht bedürfe.

26 Diese Zweigleisigkeit des Vorgehens wird von Häberle kritisiert. In Wirklichkeit sei der Anspruch des Staatsbürgers auf ein Studium seiner Wahl eben ein Teilhaberecht (Häberle, Bundesverfassungsgericht, S. 733, 735).

vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen. Dies zeige sich im Ausbildungswesen besonders deutlich. Das Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, sinnlos. Das Gericht lässt offen, ob Teilhaberechte in gewissem Umfang bereits daraus hergeleitet werden könnten, dass dem sozialen Rechtsstaat eine Garantenstellung für die Umsetzung des grundrechtlichen Wertsystems in die Verfassungswirklichkeit zukomme. Auf jeden Fall könnten sich, wenn der Staat Ausbildungseinrichtungen geschaffen habe, aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit Art. 12 GG und dem Sozialstaatsprinzip Ansprüche auf Zutritt zu diesen Einrichtungen ergeben. Dies gelte im Hochschulwesen besonders, da hier dem Staat eine faktische Monopolstellung zukomme und im Bereich der Ausbildung zu akademischen Berufen die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten sei²⁷⁾.

Das Bundesverfassungsgericht stellt sodann fest, dass die Beurteilung des Numerus clausus bei Hochschulen am Kern der Schwierigkeiten vorbeingehe, wenn sie sich auf die Teilhabe am Vorhandenen beschränkte. Zulassungsbeschränkungen bei Leistungseinrichtungen führten zur krassen Ungleichheit, dass ein Teil der Bewerber alles und der andere Teil nichts erhalte²⁸⁾. Da dem nur durch kapazitätserweiternde Massnahmen begegnet werden kann, erwägt das Gericht die Ableitung eines objektiven Verfassungsauftrages zur Bereitstellung genügender Ausbildungsplätze aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen und dem staatlichen Ausbildungsmonopol. Es lässt den Bestand einer derartigen Verpflichtung ebenso offen wie die Frage, ob daraus unter besonderen Voraussetzungen ein einklagbarer Individualanspruch auf Schaffung von Studienplätzen hergeleitet werden könne, da verfassungsrechtliche Konsequenzen nur bei einer - derzeit nicht vorliegenden -

27 BVerfGE 33, 330ff. E. 1.

28 Das Gericht legt Wert auf die Feststellung, dass der Ausschluss vom Studium der Wahl zumindest für eine gewisse Dauer gelte, welche für die weitere Lebensentscheidung möglicherweise ausschlaggebend sei (BVerfGE 33, 333).

evidenten Verfassungsverletzung in Betracht zu ziehen seien²⁹⁾. Auch soweit Teilhaberechte nicht von vorneherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt seien, so stünden sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen könne. Darüber zu entscheiden sei in erster Linie Sache des Gesetzgebers, der bei seiner Haushaltwirtschaft auch anderen Gemeinschaftsbelangen sowie gemäss Art. 109 Abs. 2 GG den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen habe³⁰⁾. Dem Gesetzgeber wird bescheinigt, dass ihm bei seinen diesbezüglichen Entscheidungen keine Verfassungsverletzung vorzuwerfen sei³¹⁾.

Da somit das Gericht den Numerus clausus an Hochschulen - jedenfalls in bezug auf die Situation zum Zeitpunkt des Urteils - nicht als verfassungswidrig betrachtet, widmet es sich ausführlich den formell- und materiellrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung von Zulassungsbeschränkungen. Es erörtert diese jeweils sowohl für den aus Art. 12 GG als Abwehrrecht hergeleiteten Zulassungsanspruch wie auch für die leistungsorientierte Teilhaberechtskonstruktion, ohne zu grundsätzlich abweichenden Ergebnissen zu gelangen³²⁾. Zulassungsbeschränkungen dürften zunächst nur durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erlassen werden³³⁾. In materieller Hinsicht bezeichnet das Bundesgericht den Numerus clausus nur für zulässig, wenn er "(1.) in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet wird..." und wenn "(2.) Auswahl und Verteilung nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen..."³⁴⁾.

29 BVerfGE 33, 332f. E. 2.

30 BVerfGE 33, 333ff. E. 2.

31 BVerfGE 33, 335f. E. 2.

32 BVerfGE 33, 336ff. E. 3.

33 BVerfGE 33, 336 E. 3b.

34 BVerfGE 33, 338 E. 3c.

2. Bundesgericht

Das Bundesgericht hat in seinen bisherigen Urteilen zum Numerus clausus bei (Aus-)Bildungseinrichtungen das Hauptgewicht auf die (grundrechtlichen) Zuständigkeits- und Verfahrensanforderungen gelegt³⁵⁾. Ausgehend von seiner bis vor kurzem konstant verwendeten Formulierung, Grundrechte begründeten keine Ansprüche auf staatliche Leistungen, folgert es, dass die HGF durch Zulassungsbeschränkungen bei Hochschulen nicht tangiert werde³⁶⁾. Konsequenterweise stellt die Aufnahmekapazität der Universitäten für das Bundesgericht die zwingende Grenze des Zuganges dar. Die Frage, inwiefern das Verfassungsgericht grundrechtlichen Interessen an kapazitätserweiternden Massnahmen Rechnung tragen könne, stellt sich nicht³⁷⁾. Ebenso fehlen Hinweise auf die Bedeutung der Grundrechte bei der Kapazitätsbestimmung weitgehend³⁸⁾. Dennoch finden sich im Hochschulurteil verschiedentlich Andeutungen dafür, dass das Gericht der Numerus-clausus-Frage grundrechtliche Relevanz beimisst³⁹⁾. Dies zeigt sich auch bei den entwickelten formellrechtlichen Anforderungen an Einführung und Durchführung von Zulassungsbeschränkungen⁴⁰⁾. Zudem fehlt es nicht an der Erörterung eben jener Aspekte, welche Ausgangspunkt der Teilhaberechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind. Erwähnt werden der Zusammenhang zwischen dem Hochschulzugang und der Verwirklichung verfassungsmässiger Rechte⁴¹⁾, die faktische Monopolstellung des Staates im Hochschulbereich⁴²⁾ sowie die aus der Unteilbarkeit der Leistungen folgende schwerwiegende Ungleichheit

35 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/G.

36 BGE 103 Ia 377f. E. 4a, 380 E. 4d: "Es ist somit festzustellen, dass die Einführung des Numerus clausus keine Massnahme darstellt, die eine Einschränkung von verfassungsmässig gewährleisteten Rechten..... bedingt."

37 Vgl. BGE 103 Ia 373f. E. 2; ebenso betr. kapazitätsbedingten Numerus clausus bei einem staatlichen Lehrerseminar BGE 104 Ia 308 E. 2; betr. kapazitätsbedingten Nichtanschluss von Grundstücken ausserhalb des GKP an die Abwasserkanalisation BGE 92 I 509f. E. 2a.

38 Siehe immerhin BGE 103 Ia 384ff. E. 7a u. b.

39 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

40 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/G.

41 BGE 103 Ia 381 E. 5 am Ende, 103 Ia 389 E. 7d/bb.

42 BGE 103 Ia 389 E. 7d/bb.

zwischen Zugelassenen und Abgewiesenen⁴³⁾. Ausdrücklich stellt das Gericht einen Bezug zur HGF her, wenn es wirtschaftspolitische Überlegungen im Zusammenhang mit der Ausbildungsregelung für privatwirtschaftliche Berufe als mit Art. 31 BV unvereinbar bezeichnet⁴⁴⁾. Die Ausführungen über die Tragweite des Numerus clausus gipfeln schliesslich in der nicht abschliessend beantworteten Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung gesprochen werden müsse⁴⁵⁾.

C) Tangierung von Freiheitsrechten

Zulassungsschranken staatlicher Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen beschlagen grundrechtlich geschützte Interessen⁴⁶⁾. Dies gilt für den Numerus clausus, der die Abweisung geeigneter Anwärter nötig macht, ganz besonders. Freilich bestehen Unterschiede hinsichtlich der Intensität der Freiheitsrechtstangierung. Massgebend dafür sind nicht nur die Bedeutung des spezifischen (Aus-)Bildungsganges für die berufliche und persönliche Entfaltung der (potentiellen) Benützer sowie der Grad der Abhängigkeit von der betreffenden Einrichtung⁴⁷⁾. Wesentlich sind auch die Modalitäten der angeordneten Zulassungsbeschränkung⁴⁸⁾.

Dem Numerus clausus kann für die Abgewiesenen faktisch ausschliessender Charakter zukommen⁴⁹⁾. Es ist aber auch möglich, dass eine rea-

43 BGE 103 Ia 389 E. 7d/bb sowie 390 E. 7d/dd: "Zieht man in Betracht, welche einschneidenden Konsequenzen sich..... für eine erhebliche Anzahl von Studienbewerbern ergeben können.....
...".

44 Zenger, S. 11, 14f., 45; BGE 103 Ia 387 E. 7c/dd.

45 BGE 103 Ia 389 E. 7d/bb.

46 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a u. Kap. 3/§ 1/III.

47 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

48 Vgl. Zenger, S. 8f.

49 Zenger, S. 9.

lisierbare Chance auf spätere Zulassung besteht(50) oder überhaupt nur ein zeitlicher Aufschub des Eintrittes in Frage steht(51).

Auf die bundesgerichtliche Stellungnahme, welche in gewissen Formulierungen - nicht aber im Ergebnis - Zulassungsbeschränkungen eine freiheitsrechtliche Dimension abspricht, wurde schon an verschiedenen Stellen eingegangen. Die Auseinandersetzung damit kann deshalb kurz gefasst werden.

Von seiner ohnehin nie konsequent befolgten These, wonach die Freiheitsrechte keine Ansprüche auf staatliche Leistungen begründeten⁵²⁾, hat das Bundesgericht in jüngster Zeit selbst Abstand genommen⁵³⁾. Abgesehen davon beschränkt sich die Bedeutung von Freiheitsrechten nicht auf Ansprüche, welche sich zu festen Positionen verdichtet haben⁵⁴⁾.

Was die HGF betrifft, so gewährleistet diese zwar - anders als die Berufswahlfreiheit des Grundgesetzes - nicht ausdrücklich die freie Wahl der Ausbildungsstätte. Eine entsprechende Garantie ist jedoch durch die auch in Art. 31 BV enthaltene Berufswahlfreiheit vorausgesetzt. Der speziellen Nennung in Art. 12 GG wird denn auch vorab klarstellende Bedeutung zugemessen⁵⁵⁾.

Zum Hinweis auf das Fehlen einer dem Art. 20 Abs. 1 GG vergleichbaren Sozialstaatsklausel⁵⁶⁾ ist folgendes zu sagen: Abgesehen davon, dass die Bedeutung des Sozialstaatsprinzipes für die bundesverfassungsgerichtliche Teilhaberechtsprechung nicht völlig klar erscheint⁵⁷⁾, wird in der Schweiz zum Teil vom Bestand einer unge-

50 So etwa dort, wo eine Selektionsprüfung wiederholt werden kann und die Wartezeit leichter überbrückbar ist, weil es um den Zugang zu einer Einrichtung geht, welche eine abgeschlossene Berufsausbildung voraussetzt.

51 Siehe Zenger, S. 9 und 62f.: Darnach zieht man an den schweizerischen Universitäten in Betracht, einem Teil der Studienanfänger im Fach Medizin ein Wartejahr zu auferlegen.

52 BGE 103 Ia 378 E. 4a.

53 BGE 107 Ia 307 E. 4.

54 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/E/2 u. Kap. 3/§ 1/II.

55 Siehe Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 11 u. 14 zu Art. 12 GG.

56 BGE 103 Ia 378 E. 4a.

57 Siehe die entsprechende Feststellung von Häberle, die Nennung des Sozialstaatsprinzipes erfolge etwas unvorbereitet (Häberle, Bundesverfassungsgericht, S. 730).

schriebenen Sozialstaatsklausel ausgegangen oder angenommen, dass sich das Prinzip des sozialen Rechtsstaates bereits aus den Grundrechten, gewissen Ziel- oder Programmbestimmungen und sozialstaatlichen Kompetenznormen ergebe⁵⁸⁾.

Schliesslich sei an dieser Stelle noch einmal daran erinnert, dass sich in den Numerus-clausus-Urteilen verschiedentlich Ueberlegungen finden, welche die Betroffenheit von Freiheitsrechten als Ausgangspunkt haben: Das Bundesgericht behandelt Zulassungsbeschränkungen zur Universität hinsichtlich ihrer formellrechtlichen Verankerung wie Grundrechtsbeschränkungen⁵⁹⁾. In materieller Hinsicht schliesst es nicht aus, dass konkrete Zulassungsverweigerungen im Zuge der Durchführung des Numerus clausus an Hochschulen und Lehrerseminaren die persönliche Freiheit verletzen könnten⁶⁰⁾. Die Ausführungen zu bedarfsorientierten Zulassungsbeschränkungen sind dahingehend zu interpretieren, dass solche bei Ausbildungen zu privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten nicht mit der HGF vereinbar wären⁶¹⁾.

D) Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung

Im folgenden ist zu prüfen, ob sich quantitative Zulassungsschranken bei staatlichen (Aus-)Bildungseinrichtungen im Rahmen einer verfassungskonformen Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen bewegen. Der Numerus clausus muss aus Gründen angeordnet werden, welche die damit verbundenen Beeinträchtigungen grundrechtlicher Anliegen der Betroffenen zu rechtfertigen vermögen. In Betracht fallen die Erschöpfung der Aufnahmefähigkeit der Einrichtung und die Ausbildungslenkung nach dem Bedarf.

58 Siehe vorne, Kap. 2/§ 6/III.

59 BGE 103 Ia 380ff. E. 5 u. 6; dazu vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/G.

60 BGE 104 Ia 308 E. 2 m.w.H.; dazu vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

61 BGE 103 Ia 401 E. 2c, 387; dazu vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

Die genannten Motive stehen nicht beziehungslos nebeneinander: Je stärker (Aus-)Bildungsgänge durch den Bewerberzustrom belastet werden, desto eher wird auch der Bedarf an Ausgebildeten als Kriterium der Zulassung in Betracht gezogen. Dies zeigt sich bei der Diskussion um den Numerus clausus beim Medizinstudium⁶²⁾ besonders deutlich.

Die beiden Gründe für mögliche Zulassungsbeschränkungen werden natürlich deswegen nicht beliebig austauschbar. Nur solange klar zum Ausdruck kommt, inwiefern welcher von ihnen Anlass für einen Numerus clausus ist, lässt sich die Zulässigkeit der Massnahme überprüfen.

1. Kapazitätsbedingter Numerus clausus

Die Beschränkung des Zuganges zu staatlichen Bildungs- und Ausbildungsgängen tangiert die Berufswahlfreiheit oder die persönliche Freiheit⁶³⁾. Die genannten Freiheitsrechte treten jedoch nicht einfach an die Stelle fehlender sozialer Grundrechte. Weder garantiert Art. 31 BV dem Bürger die Ausbildung zum gewünschten Beruf bei entsprechender Eignung⁶⁴⁾ noch verpflichtet die ungeschriebene persönliche Freiheit den Staat dazu, die tatsächlichen Voraussetzungen zur Befriedigung sämtlicher (Aus-)Bildungsbedürfnisse zu schaffen⁶⁵⁾. Neben den grundrechtlich geschützten Interessen am Zugang zu staatlicher Bildung und Ausbildung gibt es andere Anliegen, welche ebenfalls durch die Verfassung aufgegeben sind. Angesichts der Begrenztheit seiner Mittel ist der Staat gezwungen, bei der Erfüllung seiner Aufgaben Prioritäten zu setzen. Dies hat primär durch den Gesetzgeber zu geschehen, der für die Gestaltung des Finanzhaushaltes zuständig ist⁶⁶⁾. Die Verfassung lässt teilweise weitgehend offen, wie die in ihr verankerten Interessen im Konkretisierungsprozess zu gewichten sind. Dann ist es - aus Gründen fehlender Justiziabilität

62 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/A.

63 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a sowie Kap. 3/§ 3/III.

64 Dasselbe gilt auch für Art. 12 GG (vgl. Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 430ff. zu Art. 12 GG).

65 Saladin, Recht auf Bildung, S. 139f.; siehe auch BVerfGE 33, 334.

66 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/F.

und funktionellrechtlicher Zuständigkeit - nicht Aufgabe des Verfassungsgerichts, die grundsätzlichen Entscheidungen zu fällen⁶⁷⁾.

Der dafür zuständige Gesetzgeber ist jedoch in seinen Entschlüssen nicht völlig frei. Er hat im Rahmen seiner Tätigkeit Grundrechtspolitik zu betreiben⁶⁸⁾. Bezogen auf den kapazitätsbedingten Numerus clausus an staatlichen (Aus-)Bildungseinrichtungen heisst dies, dass ihm das Interesse potentieller Bewerber am freien Zugang als zu berücksichtigender Wert Gesichtspunkt aufgegeben ist. Dieses Interesse kann ihn sogar gegebenenfalls - wie noch zu zeigen sein wird - zu positiven Vorkehren in bestimmter Richtung verpflichten⁶⁹⁾. Es steht aber jedenfalls fest, dass es nicht grundsätzlich mit der BV unvereinbar ist, bei erschöpfter Aufnahmefähigkeit vorhandener öffentlicher Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen Zulassungsbeschränkungen anzuordnen.

2. Bedarfsorientierter Numerus clausus

Bei der Beurteilung von Zulassungsbeschränkungen zum Zwecke der Bedarfslenkung ist zu unterscheiden zwischen Einrichtungen, welche die Erlernung privatwirtschaftlicher Berufe ermöglichen und Institutionen, die auf den Staatsdienst vorbereiten. Allerdings ist sogleich festzuhalten, dass staatliche Ausbildungsgänge regelmässig beide Möglichkeiten offen lassen. Deren Gewichtung ist für die einzelne Ausbildungseinrichtung vorzunehmen, bei der ein bedarfsorientierter Numerus clausus in Frage steht.

67 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/E.

68 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/A.

69 Siehe hinten, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1/a.

Die Primarlehrerausbildung ist möglicherweise für einen Absolventen blosser Durchgangsstufe seines persönlichen Ausbildungsweges⁷⁰⁾. Der Inhaber des Primarlehrerpatentes kann zudem an öffentlichen oder an privaten Schulen unterrichten⁷¹⁾. Das medizinische Staatsexamen verschafft den Zugang zum Beruf des allgemeinpraktizierenden Arztes. Es ermöglicht aber auch die Tätigkeit in einem öffentlichen oder privaten Spital.

a) Bei der Ausbildung zu privatwirtschaftlichen Berufen

Im Bereiche der Ausbildung zu privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten ist es den Kantonen untersagt, ihre Stellung als Träger von Ausbildungseinrichtungen dazu zu nützen, dass sie - durch eine entsprechende Gestaltung des Zulassungswesens - Gewerbetreibende bestimmter Berufssparten vor einer Verschärfung der Konkurrenzsituation schützen⁷²⁾. Es handelt sich dabei um eine Form des Gewerbebeprotektionismus, der den Kantonen untersagt ist⁷³⁾. Dem Bund dagegen, der mittels der ETH ebenfalls Berufsausbildung betreibt, wären derartige Massnahmen unter bestimmten, in der Verfassung umschriebenen Voraussetzungen⁷⁴⁾ grundsätzlich erlaubt.

Der Schutz eines Berufsstandes ist freilich nicht das einzige denkbare Motiv für bedarfsorientierte Zulassungsbeschränkungen bei der Ausbildung zu privatwirtschaftlichen Berufen. So wird bei der Diskussion um den Numerus clausus beim Medizinstudium⁷⁵⁾ darauf hingewiesen, dass die Zunahme der Aerztezahl ein wesentlicher Faktor für die Kostenexplosion im Gesundheitswesen sei. Die Aerzte nehmen eine öffentliche Aufgabe im weiteren Sinne wahr. Dasselbe gilt für Berufe in den Sparten Lebensberatung, Rechtsvertretung und dergleichen. Es besteht ein gewichtiges Interesse daran, dass sich in diesen Erwerbs-

70 Vgl. BGE 103 Ia 405.

71 Darauf weist auch das Bundesgericht bei der Beurteilung bedarfsorientierter Zulassungsbeschränkungen an einem staatlichen Lehrerseminar hin (BGE 103 Ia 405).

72 In diesem Sinne BGE 103 Ia 401 E. 2c, 387 E. 7c/bb.

73 Vgl. Gygi, Abweichungen, S. 80f.; BGE 103 Ia 596.

74 Siehe Art. 31bis Abs. 3 lit. a-c BV.

75 In diese Richtung laufen wiederholte Vorstösse der Aerztevereinigungen (vgl. Zenger, S. 2, 9).

bereichen eine Verschärfung der Konkurrenz nicht negativ auf Qualität und Erschwinglichkeit der Dienstleistungen niederschlägt. Ob sozialpolitisch motivierte staatliche Vorkehren wirklich a priori verfassungswidrig sind, sobald sie in die freie Konkurrenz eingreifen⁷⁶⁾, kann zumindest bezweifelt werden. Es sei daran erinnert, dass den Kantonen gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV zugebilligt wird, Wohlfahrtsmonopole zu schaffen⁷⁷⁾ oder aus polizeilichen Gründen einen Berufsstand zu verstaatlichen⁷⁸⁾. Zur Bekämpfung schädlicher Auswirkungen des Konkurrenzkampfes in Dienstleistungsbereichen mit besonders hoher Schutzbedürftigkeit der Konsumenten stehen aber jedenfalls andere, mildere Mittel zur Verfügung⁷⁹⁾ als die staatliche Ausbildungslenkung nach dem Bedarf⁸⁰⁾.

Auch der Gedanke des Schutzes der Zulassungsanwärter davor, die erlernte Erwerbstätigkeit später infolge eines Ueberangebotes an Ausgebildeten nicht ausüben zu können, vermag den bedarfsorientierten Numerus clausus bei der staatlichen Ausbildung zu privatwirtschaftlichen Berufen nicht zu rechtfertigen. Die HGF beruht auf dem Gedanken

76 Siehe BGE 101 Ia 486 E. 5, 97 I 506 E. 4c: "Tant qu'elles n'ont pas pour objectif d'intervenir dans la libre concurrence, elles (soziale oder sozialpolitische Massnahmen; Einfügung durch den Verfasser) sont compatibles avec l'art. 31 Cst., comme on le reconnaît généralement à l'heure actuelle....."; BGE 57 I 169: "Dass der Ausschluss weiterer Bewerber (von einer Berufsausübungsbewilligung; Einfügung durch den Verfasser) nicht dem Schutz derjenigen Personen, die bereits das betreffende Gewerbe betreiben, vor überlegener oder unliebsamer Konkurrenz, sondern anderen, nicht wirtschaftspolitischen Interessen der Allgemeinheit dienen soll, ist unerheblich."

77 Siehe Imboden/Rhinow, Nr. 138; BGE 101 Ia 124ff. (Schulversicherung), 37 I 525ff. E. 5 (Gebäudeversicherung).

78 Siehe BGE 96 I 204ff. (Kaminfegerberuf); zum Polizeimonopol im allgemeinen siehe Imboden/Rhinow, Nr. 133.

79 Siehe Gygi, Abweichungen, S. 81, wonach es bei kantonalen Eingriffen in die freie Konkurrenz häufig des umstrittenen Begriffes der (unzulässigen) Wirtschaftspolitik gar nicht bedürfe, sondern sich die Verletzung der HGF schon aus den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung ergebe.

80 Z.B. verstärkte Aufsicht über die Einhaltung von Standesregeln; bei Ärzten auch Kontrolle durch die Krankenversicherungen (dass letztere wiederum schützenswerte Interessen der Patienten gefährde, wird im Streit zwischen der Aerztegesellschaft des Kt. Zürich und den Krankenkassen um die Pflicht der Ärzte, die genaue Diagnose über Spitalpatienten mittels eines Code zu geben, geltend gemacht, "Tages-Anzeiger" vom 11. Juni 1983, S. 23).

der eigenen Risikotragung. Auch kann ein schützenswertes Interesse am Zugang zu einem Ausbildungsgang unabhängig davon bestehen, dass der erlernte Beruf später auch ausgeübt wird⁸¹⁾.

Es bleibt die Frage, ob und inwiefern der Gesetzgeber bei seinen haushaltspolitischen Erwägungen den Ausbildungsbedarf berücksichtigen darf. Der Zugang zu staatlichen Ausbildungsgängen hängt wesentlich von der Mittelzuteilung an die betreffenden Einrichtungen ab⁸²⁾. Hier zeigt sich der bereits erwähnte Zusammenhang zwischen kapazitätsbedingten Zulassungsbeschränkungen und der Bedarfsfrage deutlich. Dabei ist m.E. die vom Deutschen Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Numerus clausus an Hochschulen geäußerte Auffassung zutreffend, wonach keine verfassungsrechtlich garantierte Freiheit verletzt wird, wenn im Rahmen der Zuteilung der begrenzt vorhandenen Mittel zugunsten der staatlichen Ausbildung auch dem gesellschaftlichen Bedarf an bestimmten Fachkräften Rechnung getragen wird⁸³⁾. Indem der Staat gewisse Berufsausbildungen selber durchführt, macht er diese zu einem Gemeinwohlanliegen⁸⁴⁾, mit dem die Interessen der Ausbildungsbewerber in Einklang gebracht werden müssen.

Auch bei dieser Betrachtungsweise sind Anwärter auf staatliche Ausbildungsplätze immer noch besser gestellt als diejenigen, deren (durch die HGF geschützten) Zugang zum gewünschten Beruf davon abhängt, dass sie eine Lehrstelle in der Privatwirtschaft erhalten. Die Situation am Lehrstellenmarkt richtet sich unmittelbar nach dem Mechanismus von Angebot und Nachfrage.

81 Vgl. Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 115/1979, S. 132.

82 Dabei kommt bei den kantonalen Universitäten der Hochschulförderung durch den Bund eine wesentliche Bedeutung zu (siehe das HFG sowie den Bundesbeschluss über die vierte Beitragsperiode nach dem Hochschulförderungsgesetz vom 19. Dez. 1980 (SR 414.202)). Ueber Zulassungsbeschränkungen an kantonalen Hochschulen wird faktisch durch das eidgenössische Parlament mit entschieden. Dies kam namentlich in der Beratung über die Abänderung des Bundesbeschlusses über die vierte Beitragsperiode deutlich zum Ausdruck (vgl. StenBull. NR 1982, S. 1034ff. u. StenBull. SR 1982, S. 436ff.).

83 BVerfGE 33, 333ff.; vgl. auch Saladin, Recht auf Bildung, S. 136f.

84 Vgl. Art. 2 Abs. 2 des bernischen Gesetzes über die Universität vom 7. Feb. 1954 (GS BE 436.11): "Sie (die Universität; Einfügung des Verfassers) erfüllt ihre Aufgabe im Dienste der Allgemeinheit."

Zwischen zulässiger, auf das Gemeinwohl ausgerichteter Prioritäten-
setzung beim Einsatz knapper Mittel und mit der HGF nicht vereinba-
rer Beeinflussung eines privatwirtschaftlichen Erwerbsbereiches ist
eine klare Grenze freilich schwierig abzustecken. Sie wird unter dem
Regime des geltenden Verfassungsrechts wohl dann überschritten,
wenn als Motiv für die Verweigerung von Mitteln, welche zur Deckung
der Ausbildungsnachfrage in bestimmten Branchen erforderlich wären,
nicht finanzpolitische Überlegungen sondern die oben erwähnten
Aspekte des Ausbildungsbedarfs im Vordergrund stehen.

b) Bei der Ausbildung zu Berufen im Staatsdienst

Die Rechtsstellung des Zulassungsbewerbers zu Ausbildungen für den
Staatsdienst wurde bereits in einem anderen Zusammenhang erör-
tert⁸⁵⁾: Das Gemeinwesen ist zu weitergehender Regulierung berech-
tigt als bei der Ausbildung zu privatwirtschaftlichen Erwerbstätig-
keiten. Hier steht hinter bedarfsorientierten Zulassungsbeschränkun-
gen das Anliegen, die Aufwendungen für die Ausbildung der Staatsan-
gestellten möglichst gezielt einzusetzen. Dieses rechtfertigt grund-
sätzlich entsprechende Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschütz-
ten Interessen am Ausbildungszugang⁸⁶⁾.

Eine besondere Lage besteht, wenn ein staatlicher Ausbildungsgang
sowohl den Eintritt in den Staatsdienst als auch das Ergreifen ei-
nes entsprechenden privatwirtschaftlichen Berufes ermöglicht. Je be-
deutsamer der zahlenmässige Anteil jener Ausbildungsabsolventen ist,
welche den zweitgenannten Weg einschlagen, desto stärker ist zu be-
rücksichtigen, dass ein Numerus clausus sich auch auf privatwirt-
schaftliche Erwerbsbereiche auswirkt. Dies ruft nach besonderer Zu-
rückhaltung bei Anordnung und Durchführung bedarfsorientierter Zulas-
sungsbeschränkungen, es sei denn, diese können gezielt auf jenen
Teil der Ausbildung gerichtet werden, welcher die spezifische Tätig-
keit im Staatsdienst zum Gegenstand hat.

85 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/B.

86 Vgl. Müller J.P., staatsrechtliche Rechtsprechung, ZBJV 115/1979,
S. 131f.

E) Anforderungen an die Durchführung des Numerus clausus

Der Rahmen für die Zugangsmöglichkeiten zur staatlichen (Aus-)Bildung wird durch grundsätzliche haushalts- und bildungspolitische Beschlüsse des Gesetzgebers festgelegt. Wie sich dabei beschlossene Zulassungsbeschränkungen tatsächlich auswirken, hängt von einer Vielzahl weiterer Entscheidungen ab. Diese betreffen namentlich die Festlegung der Zulassungszahlen, die Auswahl der Aufzunehmenden sowie allfällige Uebergangslösungen bei Neueinführung des Numerus clausus. Im folgenden ist auf die diesbezüglichen Anforderungen des Verfassungsrechts einzugehen.

1. Festlegung der Zulassungszahlen

a) Bei kapazitätsbedingtem Numerus clausus

Die Ermittlung der Aufnahmefähigkeit einer (Aus-)Bildungseinrichtung unter bestimmten finanziellen Rahmenbedingungen besteht nicht in der Feststellung einer gegebenen Grösse. Es sind vielmehr wertende Entscheidungen vorzunehmen⁸⁷⁾. Wie komplex ein solcher Abwägungsprozess sein kann, veranschaulicht das deutsche Kapazitätsermittlungsrecht für Hochschulen besonders eindrücklich.

Die Kapazitätsfestlegung ist für alle Länder einheitlich geregelt. Massgeblich sind die Bestimmungen des Staatsvertrages (StV) über die Vergabe von Studienplätzen⁸⁸⁾ sowie der Kapazitätsverordnung (KapVO)⁸⁹⁾. Sie legen namentlich das Verfahren und die Entscheidungsgrundlagen fest. Gemäss Art. 7 Abs. 2 StV sind die Zulassungszahlen so festzusetzen, dass unter Berücksichtigung der personellen, räumlichen, sächlichen und fachspezifischen Gegebenheiten eine erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazität erreicht wird, wobei die geordnete Wahrnehmung der Aufgaben insbesondere in Forschung, Lehre und Studium

87 Siehe Zenger, S. 47ff.; vgl. auch BVerfGE 33, 340: "Die Art und Weise der Kapazitätsermittlung gehört zum Kern des Zulassungswesens."

88 Der von allen Ländern unterzeichnete Vertrag datiert vom 23. Juni 1978.

89 Diese von einem Verwaltungsausschuss der Länder erarbeitete Regelung wird von den Ländern in ihr Recht eingefügt (Bahro, N. 8 der Vorbemerkungen zur KapVO). Die Ausführungen zur KapVO (welche sich vorab auf Bahro abstützen) beziehen sich auf deren Stand im August 1980.

gewährleistet sein muss(90). In dieser Vorschrift kommen die grundlegenden Wert Gesichtspunkte zum Ausdruck, die bei kapazitätsrelevanten Entscheidungen zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen sind: Es handelt sich namentlich um das sich aus Art. 12 GG in Verbindung mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ergebende Interesse am möglichst ungehinderten Hochschulzugang einerseits (erschöpfende Nutzung der Ausbildungskapazitäten) und das Anliegen der Zugelassenen und der Allgemeinheit an hoher Ausbildungsqualität sowie die grundrechtlich garantierte Freiheit von Lehre und Forschung(91) andererseits (geordnete Wahrnehmung der Aufgaben der Hochschule, insbesondere in Forschung, Lehre und Studium). Von zentraler Bedeutung ist namentlich die Auflösung des Zielkonflikts zwischen Ausbildungskapazität und Ausbildungsqualität(92). Die Forschungsfreiheit des Hochschulpersonals, welche bei der Regelung der Lehrverpflichtungen zu beachten ist(93), trägt dabei zur Qualität der Lehre bei. Die Aufzählung der in die Abwägungen einzubeziehenden Gesichtspunkte ist nicht abschliessend. So bedarf es beispielsweise auch der Entscheidung darüber, welcher Normierungsgrad der Studiengänge (Vorschriften über Studiengestaltung, Studienzeitsbeschränkungen) mit der akademischen Lehrfreiheit(94) vereinbar ist. Sodann hat das Bundesverfassungsgericht die Festlegung der Lehrverpflichtung für Stellvertreter an bewilligten Assistentenstellen an deren Weiterbildungsrecht gemessen(95).

Die Kapazitätsermittlung erfolgt in einem ersten Schritt durch die Gegenüberstellung des Lehrangebotes einer Universität und des Ausbildungsaufwandes für ein bestimmtes Studium(96). Die errechnete

90 Die Formulierung schliesst an die bundesverfassungsgerichtliche Stellungnahme an, wonach Zulassungsbeschränkungen an Hochschulen nur dann verfassungsmässig seien, wenn sie zum Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes - Funktionsfähigkeit der Universität in Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Forschung, Lehre und Studium - und nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der Ausbildungskapazitäten angeordnet würden (BVerfGE 54, 191; 45, 326; 39, 265; 33, 338).

91 Art. 5 Abs. 3 GG verpflichtet den Staat, den Wissenschaftsbetrieb an den Hochschulen so zu gestalten, dass freie Wissenschaft möglich ist und ungefährdet betrieben werden kann (BVerfGE 35, 116f. E. 1; BVerwGE 56, 46).

92 Vgl. Haas, S. 241, Zenger, S. 54; der Interessengegensatz widerspiegelt sich auch in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte zur Kapazitätsermittlung. Sie legen deren Ueberprüfung je nach dem die Erfordernisse des Ausbildungszieles, die Wahrung des Ausbildungsniveaus oder die Gewährleistung einer "leidlichen" Ausbildung zugrunde (vgl. Hirtschulz, S. 58).

93 Sie wird durch die den Hochschullehrern übertragenen Ausbildungsaufgaben begrenzt (Haller, Forschungsfreiheit, S. 143).

94 Diese ist Bestandteil der Garantie der freien Wahl der Ausbildungsstätte (vgl. Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 174 u. 438 zu Art. 12 GG).

95 BVerfGE 54, 200.

96 Art. 7 Abs. 3 StV, § 6ff. KapVO.

Aufnahmefähigkeit wird sodann auf ihre Vereinbarkeit mit weiteren kapazitätsrelevanten Kriterien (Raumkapazität, tatsächliche Besetzung der haushaltsrechtlich bewilligten Lehrstellen, Studentenverhalten [Schwundquote]) überprüft und allenfalls korrigiert(97). Die Durchführung beider Verfahrensphasen setzt die ständige Abwägung der oben genannten Interessen voraus. Insofern ist die Kritik Zengers an der formelmässigen Kapazitätsberechnung(98) m.E. nicht gerechtfertigt. Zweifellos lässt sich über deren Geeignetheit diskutieren(99). Die in die Formeln eingegebenen Daten beruhen aber jedenfalls auf den in Staatsvertrag und Kapazitätsverordnung vorgenommenen oder vorgesehenen Wertentscheidungen(100). Kapazitätsbeeinflussende Abwägungen sind in verschiedenen Erlassen bereits vorweggenommen. So hat sich beispielsweise die Ermittlung des Lehrangebotes einer Universität nach dienstrechtlichen Vorschriften über die Lehrverpflichtung des Hochschulpersonals zu richten(101). Bei der nun in der KapVO bundeseinheitlich vorgenommenen Festlegung des Ausbildungsaufwandes(102) waren Bestimmungen verschiedener Normgeber über Ausbildungsziele, Prüfungsanforderungen und Berufsausbildungsvoraussetzungen zu berücksichtigen(103). Da aus derartigen ausbildungsrechtlichen Normen allerdings kaum unmittelbar sogenannte quantifizierte Studienpläne abgeleitet werden können(104), blieben

97 Art. 7 Abs. 3 StV, § 14ff. KapVO.

98 Zenger, S. 53f.

99 Dies zeigt sich darin, dass das Verfahren nicht nur umstritten ist (vgl. Hammer/Nagel, S. 656ff.), sondern auch laufend neuen Erkenntnissen angepasst wird (vgl. Bahro, N. 1f. zu den Vorbemerkungen zur KapVO); vgl. aus einem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Sept. 1981 in: DVBl 96/1981, S. 1151ff, S. 1151: "Die Festlegung von Regeln für die Kapazitätsermittlung stösst auch heute noch auf solche Schwierigkeiten, dass der Gesetzgeber zu einer abschliessenden normativen Regelung, die Aussicht auf Bestand hat, noch nicht in der Lage ist.....".

100 Das Bundesverwaltungsgericht hat die aus rechtsstaatlichen Erwägungen angezweifelte Verwendung von Formeln in der KapVO als mit der Verfassung vereinbar erklärt, da sie die präziseste Aussage über das Verhältnis von Zahlengrössen zueinander ermögliche und der Normgeber damit der Forderung nach Genauigkeit und dem Abschluss von Zweifeln in besonderem Masse entspreche (BVerwGE 56, 43f.).

101 Art. 7 Abs. 3 StV; vgl. dazu BVerfGE 54, 199.

102 Er wird durch sogenannte Curricularnormwerte zum Ausdruck gebracht (vgl. Anlage 2 der KapVO).

103 Art. 7 Abs. 3 StV; vgl. Haas, S. 241: Das Ausbildungsrecht, welches ein bestimmtes Berufsbild festlegt, beeinflusst die Kapazität. Die Festsetzung von Ausbildungszielen und Prüfungsanforderungen ist grundsätzlich Sache der Hochschulen (vgl. Hammer/Nagel, S. 659f.). In der BRD - wie übrigens auch in der Schweiz - bestehen in bezug auf die Mediziner Ausbildung Vorschriften des Bundes (vgl. betr. die Approbationsordnung in der BRD Bahro, N. 18 zu Art. 7 StV, betr. die Regelungen in der Schweiz hinten, unter diesem Abschnitt, Fn. 113).

104 Hammer/Nagel, S. 660.

den Schöpfern der KapVO erhebliche Gestaltungsspielräume offen(105). Diese wurden in der Weise genützt, dass die KapVO der Ausbildungskapazität gegenüber der Ausbildungsqualität eine gewisse Vorrangstellung einräumt(106). Allgemein hat die vermehrte rechtliche Erfassung der Kapazitätsermittlung zu einer erheblichen Erhöhung der Zulassungszahlen geführt(107).

Im Falle dereinst notwendig werdender Kapazitätsermittlungen an schweizerischen Universitäten stellte sich die Konstellation der zu berücksichtigenden Interessen ähnlich dar wie in der BRD: Der Ausbildungsstandard der Hochschulen, der gegen die Ausbildungskapazität abzuwägen ist, stellt ein Gemeinwohlanliegen dar¹⁰⁸⁾. Im Unterschied zum deutschen Grundgesetz kennt die BV zwar keine ausdrückliche Garantie der Freiheit von Forschung und Lehre¹⁰⁹⁾. In den Universitätskantonen ist die Forschungsfreiheit jedoch anerkannt¹¹⁰⁾. Die Forschung des an der Hochschule tätigen Wissenschafters fällt zudem unter den Schutzbereich der persönlichen Freiheit¹¹¹⁾. Einige Kantone garantieren auch die Lernfreiheit¹¹²⁾. Auch in der Schweiz liefern bundesrechtliche Vorschriften über Ausbildungsziele und Prüfungsanforderungen bei den medizinischen Studien Anhaltspunkte für die der

105 Bei deren Handhabung war eine Orientierung an der (bisherigen) Hochschulwirklichkeit (mit welchem Aufwand wurden Ausbildungsziele und Prüfungsanforderungen bisher erreicht?) unumgänglich. Insofern weist die Kapazitätsfestlegung auch empirische Elemente auf (vgl. Bahro, N. 17 zu Art. 7 StV, gemäss dessen Abs. 3 auch der Ausbildungsaufwand in gleichen und vergleichbaren Studiengängen zu beachten ist). Das Mass der Berücksichtigung der Ausbildungswirklichkeit ist einer der wesentlichsten Streitpunkte im deutschen Kapazitätsermittlungswesen (vgl. BVerfGE 40, 354f.; Haas, S. 240ff.; Hammer/Nagel, S. 656ff.).

106 Bahro, N. 27 zu Art. 7 StV; auch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung weist in diese Richtung, so etwa, wenn sie die vorübergehende Erhöhung der Zulassungszahlen über die festgelegte Aufnahmekapazität hinaus als "Notzuschlag auf Zeit" befürwortet (BVerfGE 43, 327f.); vgl. auch Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Sept. 1981, in: DVBl 96/1981, S. 1151ff.

107 Dies stellt das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 54, 203 E. 1a fest.

108 Siehe schon vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/D/2/a.

109 Siehe jedoch Art. 14 des VE BV.

110 Haller, Forschungsfreiheit, S. 132.

111 Haller, Forschungsfreiheit, S. 140.

112 Diese Bestimmungen beziehen sich allerdings in erster Linie auf das Recht zum Besuch von Privatschulen (Plotke, Schulrecht, S. 289).

Kapazitätsbestimmung zugrunde zu legende Ausbildungsqualität¹¹³⁾.

Als weiterer in die Abwägungen einzubeziehender Gesichtspunkt ist das Interesse an jenen Leistungen zu nennen, welche universitäre Einrichtungen - etwa die Kliniken - unmittelbar gegenüber der Allgemeinheit erbringen.

Bei anderen öffentlichen (Aus-)Bildungseinrichtungen dürften die Entscheidungsprozesse etwas leichter überschaubar sein als im komplexen Hochschulbereich. Im Vordergrund steht der Konflikt zwischen Ausbildungsqualität und -quantität. Welche kapazitätsrelevanten Kriterien im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, hängt natürlich von der Art der jeweiligen Einrichtung ab.

Bei Institutionen mit eigentlichem Unterrichtsbetrieb dürfte bedeutsam sein, welche Klassengrösse noch mit dem einmal festgelegten Ausbildungsziel vereinbar ist. Weitere denkbare Entscheidungsgrundlagen sind beispielsweise die Belastbarkeit von Uebungsklassen durch Praktikanten bei Ausbildungsgängen für pädagogische Berufe⁽¹¹⁴⁾ oder die Möglichkeiten der Ausnutzung verfügbarer Raum- und Sachmittel für die praktische Ausbildung von Technikern.

Bei allen kapazitätsrelevanten Entscheidungen haben die zuständigen Organe die grundrechtlichen Interessen der potentiellen Bewerber um den Zugang zu staatlicher (Aus-)Bildung in ihre Abwägungen mit einzu beziehen. Allerdings stehen den Instanzen erhebliche Spielräume der Gestaltung und der fachtechnischen Beurteilung zu: Für die grundsätzlichen Abwägungen - etwa zwischen Ausbildungsqualität und -quantität - lässt sich aus der Verfassung nicht eine einzig richtige Lösung ableiten¹¹⁵⁾. Die Konkretisierung von einmal getroffenen Wertentscheidungen wirft sodann Probleme auf, die primär der Beurteilung

113 Vgl. Art. 6 des BG vom 19. Dez. 1877 betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 811.11) und die gestützt darauf erlassenen Prüfungsordnungen für Aerzte (Vo vom 19. Nov. 1980, SR 811.112.2), Zahnärzte (Vo vom 19. Nov. 1980, SR 811.112.3), Tierärzte (Vo vom 19. Nov. 1980, SR 811.112.4) und Apotheker (Vo vom 16. Apr. 1980, SR 811.112.5).

114 Vgl. Plotke, Probleme, S. 203: Zahl der Kindergärtnerinnen, welche zur Führung von Uebungskindergärten zur Verfügung stehen, als Entscheidungsgrundlage.

115 Vgl. Haas, S. 241.

durch Experten bedürfen. Der Entscheid etwa, bei welcher Zahl von Absolventen eines Lehrganges eine bestimmte Ausbildungsqualität noch gewährleistet werden kann, ergibt sich aus methodisch-didaktischen Wertungen¹¹⁶⁾.

Ein verfassungsgerichtliches Eingreifen gegen kapazitätsrelevante Entscheidungen¹¹⁷⁾ ist nur denkbar, wenn solche den grundrechtlichen Anliegen potentieller Zulassungsanwärter klar in ungenügender Weise Rechnung getragen haben. Dies ist im Kapazitätsermittlungswesen der deutschen Hochschulen gemäss der Rechtsprechung von Verwaltungsgerichten und des Bundesverfassungsgerichts dann der Fall, wenn kapazitätsbestimmende Beschlüsse auf eine besondere Niveaupflege der betreffenden Universität hinauslaufen, die weder durch das Interesse der Studierenden noch durch Gemeinwohlanliegen gerechtfertigt ist¹¹⁸⁾. Nicht zulässig ist sodann natürlich, dass die Kapazitätsfestlegung durch bedarfsorientierte Ueberlegungen beeinflusst wird¹¹⁹⁾. Schliesslich darf die Zulassungszahl nicht nach einer spezifischen Engpass-situation bestimmt werden, wenn diese durch zumutbare Vorkehren, etwa Parallelveranstaltungen, Ferienkurse oder dergleichen, beseitigt werden kann¹²⁰⁾. Ueber die Zumutbarkeit entscheidet dabei die Abwä-

116 Siehe den Leitsatz h eines Urteils des Verwaltungsgerichts Mannheim vom 30. Nov. 1970, in: NJW 24/1971, S. 909: "Bei der normativen Festlegung der Zulassungsquote..... hat die Universität innerhalb der durch höherrangiges Recht gezogenen Grenzen dort einen Beurteilungsspielraum, wo die Kapazität nur im Wege pädagogisch-wissenschaftlicher Wertung zu bestimmen ist (z.B. bei der Festlegung von Gruppengrössen in praktischen Pflichtkursen während der vorklinischen Ausbildung)."; vgl. auch BVerfGE 33, 342; Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 27. Feb. 1970, in: DVBl 85/1970, S. 324ff., S. 328.

117 Vgl. Zenger, S. 54: "Das Bundesgericht..... hat die spezifisch grundrechtlichen Interessen des Studienanwärters zur Geltung zu bringen."

118 Siehe Entscheid des Verwaltungsgerichtshofes Berlin vom 17. Dez. 1970, in: DVBl 86/1971, S. 152; Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg vom 3. Nov. 1969, in: DVBl 84/1969, S. 935ff., S. 937; vgl. auch BVerfGE 40, 354.

119 Vgl. Zenger, S. 56.

120 Vgl. BVerfGE 43, 326f.; 33, 339; Art. 7 des StV schreibt nun auch vor, dass Zulassungszahlen nicht aufgrund späterer Studienabschnitte mit geringerer Aufnahmekapazität festgelegt werden, sofern diese Ausbildungsteile an anderen Hochschulen absolviert werden können (vgl. zu dieser Vorschrift BVerfGE 59, 172ff.).

gung zwischen den auf dem Spiele stehenden Grundrechtsinteressen einerseits und den staatlichen Aufwendungen, welche für die in Betracht fallende Massnahme zur Engpassbeseitigung getätigt werden müssten, andererseits. Die zuletzt genannte Forderung läuft auf eine Erweiterung des staatlichen Leistungsangebotes hinaus. In diesem Rahmen kann sie aber durchaus grundrechtlich gefordert sein¹²¹). Es handelt sich um eine akzessorische Leistung, da sie an erbrachte Gewährungen anknüpft und auf eine Ausdehnung des Kreises der Begünstigten zielt. Das Erfordernis der Zumutbarkeit der Massnahme setzt zudem dem finanziellen oder organisatorischen Aufwand Grenzen. Wichtige Voraussetzungen zur verfassungsgerichtlichen Anerkennung staatlicher Leistungsverpflichtung sind somit erfüllt.

Ein Beispiel staatlicher Vorgehens zur Umgehung von Engpässen sind die Umleitungsaktionen, welche die Schweizerische Hochschulkonferenz für Medizinstudenten durchführt¹²²). Als Massnahmen gegen Kapazitätsschwierigkeiten in den klinischen Semestern wären die Einbeziehung bisher nicht genutzter Spitäler¹²³) sowie die Ausbildung durch Allgemeinpraktiker¹²⁴) denkbar.

Erwähnung verdient auch ein von mehreren Kantonen unterzeichnetes regionales Schulabkommen¹²⁵). Dieses bezweckt unter anderem, durch ein System von Freizügigkeiten und durch Koordination bei der Planung neuer Einrichtungen eine optimale Ausnützung der in das Abkommen einbezogenen Schulen zu erreichen und die Einführung kapazitätsbedingter Zulassungsbeschränkungen zu vermeiden.

121 Siehe zum Folgenden vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/F/2.

122 Dazu Zenger, S. 22f.

123 Vgl. § 9 Abs. 5 KapVO.

124 So auch der damalige Bundesrat Hürlimann in der parlamentarischen Diskussion zur Aenderung des Bundesbeschlusses über die vierte Beitragsperiode nach dem Hochschulförderungsgesetz (StenBull. NR 1982, S. 1053).

125 Regionales Schulabkommen zwischen den Kantonen BE, LU, FR, SO, BS, BL u. AG vom 22. Feb. 1980 (wiedergeg. in: GS BL Bd. VI/Nr. 640.8).

b) Bei bedarfsorientiertem Numerus clausus

Ueber den künftigen staatlichen Bedarf an bestimmten Fachkräften lassen sich nur Prognosen anstellen. Dafür gibt es verschiedene Gründe: Die Vorhersagen müssen sich auf Zeitspannen beziehen, welche über die Ausbildungsdauer eines bestimmten Bewerberjahrganges hinausgehen, wenn eine gewisse Kontinuität erreicht werden soll¹²⁶⁾. Es sind künftige Entscheidungen in die Kalkulationen mit einzubeziehen, so etwa beim Lehrerberuf Beschlüsse über minimale und maximale Klassengrößen, über bedarfsrelevante Änderungen des Stoffangebotes, über die Einführung neuer Schultypen, über Dienstrechtsrevisionen und dergleichen¹²⁷⁾. Die Abklärungen werden zusätzlich erschwert, wenn sie auch den Bedarf von Gemeinwesen zu berücksichtigen haben, welche nicht (Mit-)Träger der Ausbildungseinrichtung sind¹²⁸⁾. Gerade weil Bedarfsbestimmungen schwierig sind und sich mit Unwägbarkeiten auseinandersetzen müssen, ist verlangt, dass die Prognosen auf fundierten Erhebungen beruhen. Zulassungsbeschränkungen, welche aufgrund oberflächlicher Abklärungen angeordnet werden, lassen sich mit dem grundrechtlichen Anliegen potentieller Bewerber am Zugang zu staatlicher Ausbildung nicht vereinbaren und liegen auch nicht im Interesse des Staates.

Die Zulassungsquote ist allgemein höher anzusetzen als das prognostizierte staatliche Stellenangebot. Dies ergibt sich bei Ausbildungseinrichtungen, welche auch die Möglichkeit privatwirtschaftlicher Betätigung im erlernten Beruf verschaffen, von selbst. Hier darf die Ausbildungslenkung nach dem staatlichen Bedarf nicht einen (ungewollten) Gewerbeprotektionismus im betreffenden Privatwirtschaftssektor zur Folge haben. Durch eine gegenüber dem geschätzten Bedarf erhöhte Zulassungszahl können auch stossende Folgen des Numerus clausus gemildert werden, die darin bestehen, dass über den Zugang zu

126 Betreffend Prognostizierung des Lehrerberufs Plotke, Probleme, S. 194f.; BGE 103 Ia 400 E. 2b/aa; vgl. auch Saladin, Recht auf Bildung, S. 150; Zenger, S. 46 Anm. 160.

127 Vgl. Plotke, Probleme, S. 195.

128 Dies wäre etwa bei Bedarfsermittlungen für die Sekundarlehrerbildung der Fall, welche von den Universitäten für Absolventen aus allen Kantonen angeboten wird.

Berufsausbildungen Leistungen in allgemeinbildenden Fächern entscheiden müssen, welche für die berufsspezifische Eignung nur sehr bedingt aussagekräftig sind. Der Entscheid darüber, ob die gewünschte Erwerbstätigkeit ausgeübt werden kann, wird so wenigstens teilweise auf einen Zeitpunkt hinausgeschoben, wo berufsbezogene Fähigkeiten herangezogen werden können. Es liegt zudem auch im öffentlichen Interesse, wenn der Staat bei der Vergabe seiner Stellen über eine gewisse Auswahl verfügt¹²⁹⁾. Bei der Festlegung der Zahl aufzunehmender Anwärter sollten schliesslich auch schützenswerte Ausbildungsinteressen Berücksichtigung finden, die unabhängig von einer späteren Staatsstelle im betreffenden Rechtsraum bestehen¹³⁰⁾. Abgesehen von allen bisherigen Erwägungen ist schliesslich zu berücksichtigen, dass die Zahl jener Ausbildungsabsolventen, welche nachher tatsächlich im Trärgemeinwesen tätig sein möchten, keineswegs feststeht. Darüber gibt es höchstens Erfahrungswerte¹³¹⁾.

Ob die Zulassung von einer diesbezüglichen Verpflichtung - minimale Betätigungszeit im betreffenden Gemeinwesen¹³²⁾ - abhängig gemacht werden könnte, ist hier nicht weiter zu prüfen. Diese Möglichkeit wird im Zusammenhang mit bedarfsorientierten Zulassungsbeschränkungen offenbar nicht in Betracht gezogen. Einem gezielteren Einsatz des Ausbildungsaufwandes würden nur längerfristige Verpflichtungen dienen. Solche scheitern jedoch an rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten.

129 Vgl. § 2 Abs. 2 lit. b der basellandschaftlichen Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar vom 10. Feb. 1981 (GS Bl Bd. VI/Nr. 640.271).

130 Vgl. § 2 Abs. 2 lit. a der oben, in Fn. 129, zitierten Vo.
131 Plotke, Probleme, S. 203.

132 Vgl. den Hinweis auf eine darartige Vorschrift im Kt. SG, welche allerdings nicht im Hinblick auf bedarfsorientierte Zulassungsbeschränkungen geschaffen wurde, in SGGVP 1973 Nr. 30, S. 68.

2. Auswahl der Zuzulassenden

- a) Bewerberauswahl bei der Aufnahme in anstaltlich genutzte öffentliche Einrichtungen im allgemeinen

Die bei quantitativ beschränktem Zugang zu Leistungseinrichtungen notwendig werdende Bewerberauswahl lässt Ungleichbehandlungen unvermeidbar werden¹³³⁾. Nach welchen Gesichtspunkten sie auch erfolgt, immer werden Anwärter zulasten anderer aufgenommen, welche die Zulassungsvoraussetzungen ebenfalls erfüllten¹³⁴⁾. Von Auswahlregeln ist von Verfassungs wegen verlangt, dass sie stossende Folgen des Numerus clausus möglichst vermeiden¹³⁵⁾. Prüfungsmassstab ist in erster Linie das Rechtsgleichheitsgebot. Aus Freiheitsrechten, in welchen die Abgewiesenen möglicherweise tangiert werden, lassen sich kaum spezifische Anweisungen darüber entnehmen, wie die notwendige Selektion vorzunehmen ist. Doch erhöhen sie die Anforderungen an die Auswahlgerechtigkeit¹³⁶⁾. Diese beziehen sich auf die Auswahlordnung als Ganzes sowie auf die im einzelnen herangezogenen Selektionskriterien. Je bedeutsamer die vermittelte Leistung ist und je geringer die Chance der nicht Zugelassenen, diese anderswo zu erhalten, desto eher untersagt die Verfassung Auswahlregelungen, welche ganze Bewerbergruppen zum vornherein von der Zugangsmöglichkeit ausschliessen.

133 Vgl. BGE 103 Ia 374 E. 2, 388 E. 7d/aa. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Auswahl von hochschulreifen Studienanwärtern als eine Ungleichbehandlung an sich Gleichberechtigter (BVerfGE 33, 345); siehe auch Knapp, service public, S. 742; Plotke, Schulrecht, S. 281.

134 Vgl. BVerfGE 43, 372 E. II/1: "Da jede Aenderung der Auswahlkriterien zugleich die Zulassungschancen anderer Bewerber verschlechtert.....".

135 Siehe BGE 103 Ia 374 E. 2: Bei Auswahl und Anwendung von Zulassungskriterien ist der in Art. 4 BV enthaltene Gleichheitssatz im Rahmen des Möglichen zu wahren und eine Verschärfung oder Verschlimmerung der aus der Erschöpfung der Aufnahmekapazität sich gezwungenermassen ergebenden Ungleichheiten zu vermeiden.

136 Siehe dazu vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/2 sowie unter Kap. 3/§ 1/III; die Aussage von Knapp, service public, S. 742, "Ce choix doit simplement ne pas être arbitraire.", ist m.E. in dieser verallgemeinernden Form nicht zutreffend.

Verlangt ist eine Angleichung der Zulassungschancen für alle Anwärter, wobei diese wiederum nicht so weit gehen darf, dass auf die Berücksichtigung sachlich gerechtfertigter Unterscheidungskriterien verzichtet wird¹³⁷⁾. Eine optimale Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erlaubt am ehesten eine Ordnung, welche mehreren Gesichtspunkten Rechnung trägt¹³⁸⁾. Je nach der Anzahl in Frage kommender Kriterien ist eine Vielfalt von Kombinationen denkbar. Gerade weil keine Lösung die Ungleichheit zwischen Zugelassenen und Abgewiesenen zu beseitigen vermag und es die absolut gerechte Selektion nicht gibt, belässt die Verfassung der zuständigen Instanz einen je nach Art der Auswahlaufgabe mehr oder weniger breiten Gestaltungsspielraum¹³⁹⁾.

So stünde im Falle der Einführung des Numerus clausus an schweizerischen Universitäten den Hochschulkantonen eine ansehnliche Palette möglicher Auswahlregelungen offen¹⁴⁰⁾. Föderalistische Lösungen wären an sich nicht ausgeschlossen¹⁴¹⁾. Ob allerdings die Anwendung unterschiedlicher Selektionsordnungen zur gesamtschweizerischen Chancengleichung unter den Studienanwärtern beitragen würde¹⁴²⁾, ist m.E. fraglich. Es darf nicht übersehen werden, dass für einen Bewerber häufig de facto aus sprachlichen und vor allem aus wirtschaftlichen Gründen nur der Besuch ganz bestimmter Universitäten in Frage kommt. Eine Vielfalt von Auswahlordnungen käme jenen zugute, denen hinsichtlich der Wahl des Ausbildungsortes keine (finanziellen) Grenzen gesetzt sind.

137 Vgl. betreffend die Vergabe von Studienplätzen nach dem Los hinten, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/ggg.

138 Vgl. BVerfGE 43, 318: "Trotz..... Bedenken war eine verfassungsgerichtliche Billigung solange vertretbar, wie durch eine kumulative Anwendung des Leistungs- und des Wartezeitprinzips die nachteiligen Auswirkungen verschiedener Auswahlkriterien einigermaßen ausgeglichen wurden....."; auch Hangartner (Numerus clausus, S. 836f.) und Plotke (Schulrecht, S. 281) plädieren für Mischsysteme.

139 So auch Hangartner, Numerus clausus, S. 837; siehe dagegen BVerfGE 33, 345: "Da eine solche Auswahl ohnehin mit einer Ungleichbehandlung an sich Gleichberechtigter verbunden ist, kann bei der Auswahlregelung der Gestaltungsspielraum, den der Gleichheitssatz normalerweise lässt, nicht mehr erheblich sein.".

140 In BGE 103 Ia 389f. E. 7d/cc werden einige der in Betracht zu ziehenden Varianten genannt.

141 Vgl. auch BVerfGE 33, 352.

142 So Zenger, S. 58f.

Es ist hier an die bereits im Zusammenhang mit qualitativen Zulassungsschranken öffentlicher (Aus-)Bildungseinrichtungen gemachte Feststellung zu erinnern, dass die Differenziertheit des Zulassungsverfahrens letztlich auch eine Frage des staatlichen Aufwandes ist¹⁴³⁾. Bei dessen Bemessung ist die Tragweite der auf dem Spiele stehenden Entscheide zu berücksichtigen. Je wichtiger ein Zulassungsentscheid für die Betroffenen ist, desto eher ist verlangt, dass dieser auf verschiedene Gesichtspunkte abgestützt wird, welche in einem nahen Zusammenhang zu der zu bewältigenden Auswahlaufgabe stehen.

Die Sachgerechtigkeit der einzelnen Auswahlkriterien kann häufig nicht losgelöst von der Auswahlordnung als Ganzes beurteilt werden. Eine bestimmte Entscheidungsgrundlage ist möglicherweise unterschiedlich zu qualifizieren, je nach dem, ob und in welcher Weise sie in Kombination mit anderen Kriterien herangezogen wird. Auch das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Zugelassenen und Abgewiesenen kann die rechtliche Zulässigkeit eines Auswahlgesichtspunktes beeinflussen. So führt das Wartezeitkriterium bei der Zulassung zu (Aus-)Bildungseinrichtungen zu einer unbilligen Privilegierung der sozial stärkeren Anwärter, wenn die Abgewiesenenquote hoch ist, weil dann die weniger begüterten Bewerber die langen Wartezeiten nicht mehr überbrücken können¹⁴⁴⁾.

Abgesehen von den eben genannten Gesichtspunkten ergibt sich aus dem Rechtsgleichheitsgebot eine Begrenzung des Kreises von in Erwägung zu ziehenden Selektionsmerkmalen überhaupt: Zwar kann von Auswahlkriterien anders als von qualitativen Zulassungsschranken nicht verlangt werden, dass sie durch die Art der vermittelten Leistung, die Einrichtungsordnung oder durch die der betreffenden Institution übertragene Aufgabe bedingt sind¹⁴⁵⁾. Hingegen ergibt sich aus

143 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4/a.

144 Plotke, Schulrecht, S. 280; BVerfGE 43, 319.

145 Vgl. dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2, vor I. Ähnliches gilt auch bei der Erteilung von Taxibewilligungen, die zur Benützung öffentlicher Standplätze berechtigen, wenn zu viele entsprechende Bewerber vorhanden sind. Die Begrenztheit der Zahl verfügbarer Standplätze zwingt dann dazu, beim Entscheid über die Erteilung sogenannter A-Bewilligungen auch andere als polizeiliche Kriterien heranzuziehen (BGE 99 Ia 399f.).

Art. 4 BV in Verbindung mit allenfalls betroffenen Freiheitsrechten, dass bei der Selektion Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, welche zum Entscheidgegenstand einen möglichst nahen Bezug aufweisen¹⁴⁶⁾.

b) Bewerberauswahl bei der Aufnahme in Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen

aa) Geltende Auswahlordnungen

In Zulassungsordnungen mit Bewerberauswahl zur Durchführung eines Numerus clausus¹⁴⁷⁾ schweizerischer (Aus-)Bildungseinrichtungen kommen als Selektionsgesichtspunkte hauptsächlich der Wohnsitz und die Eignung zum Zuge. Nur noch selten dürfte in diesem Zusammenhang dem kantonalen Bürgerrecht eine Bedeutung verliehen werden¹⁴⁸⁾. In weni-

146 Vgl. BGE 103 Ia 374 E. 2 betreffend Ungleichbehandlung von Kantonseinwohnern und Kantonsfremden hinsichtlich des Hochschulzuges: Diese muss sich auf ernsthafte, sachlich mit den zu regelnden Umständen in Beziehung stehende Gründe stützen.

147 Gelegentlich fehlen diesbezügliche Angaben oder sie sind nur angedeutet (vgl. z.B. Art. 1 des st. gallischen Reglementes über Aufnahme und Promotion im Lehramtskurs vom 11. Nov. 1981 [GS SG 215.531.2]; § 15 Abs. 1 des zürcherischen Lehrerbildungsgesetzes vom 24. Sept. 1978 [GS ZH 414.4]).

148 Gemäss Art. 19 Abs. 2 des bernischen Reglementes für die Mädchenarbeitsschulen des Kt. BE vom 20. März 1959 (GS BE 432.231) werden zur Aufnahmeprüfung für das Arbeitslehrerinnenseminar nur Kantonsbürgerinnen oder im Kanton niedergelassene Schweizerinnen zugelassen; ebenso (wenn auch mit Ausnahmeverbehalt) Art. 3 Ziff. 1 des bernischen Reglementes für die Aufnahmeprüfung in das kantonale Haushaltungslehrerinnen-Seminar Bern vom 20. Juli 1954 (GS BE 430.217.211); Bürgerrecht bzw. Wohnsitz werden als Zulassungsvoraussetzung, nicht als Auswahlkriterium formuliert. Im Falle freibleibender Plätze dürfte die gestützt darauf erfolgende Abweisung von Bewerberinnen ohnehin kaum zulässig sein (siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/D/1 u. Kap. 3/§ 3/I/E/1/a).

gen Fällen wird das Kriterium des regionalen Bedarfes an Ausgebildeten berücksichtigt¹⁴⁹⁾.

Im allgemeinen statuieren die Auswahlordnungen die bevorzugte Aufnahme von Einwohnern aus dem Träger- sowie allfälligen Vereinbarungsgemeinwesen¹⁵⁰⁾. Oft ist allerdings nicht näher ausgeführt, wie weit diese Privilegierung geht. Denkbar ist, dass zunächst alle bevorzugten Kandidaten aufgenommen werden und dann die restlichen Plätze unter den übrigen Anwärtern zur Verteilung gelangen¹⁵¹⁾. In Frage

149 Vgl. Art. 7 Abs. 1 des bernischen Reglementes für die Aufnahmeprüfung in das Kantonale Haushaltungslehrerinnen-Seminar vom 20. Juli 1954 (GS BE 430.217.211): "..... . Von den Bewerberinnen werden bis auf die bestimmte Zahl im allgemeinen diejenigen aufgenommen, die in den Leistungen am höchsten stehen, es sei denn, dass für die Versorgung der Landesteile berücksichtigungswürdige Gründe eine Ausnahme rechtfertigen."; Gemäss Art. 2 Abs. 4 des Konkordates über das Schweizerische Landwirtschaftliche Technikum vom 30. Juni 1964 (wiedergeg. in SR 412.191.02) werden die Plätze aufgrund der landwirtschaftlichen Bevölkerung und der landwirtschaftlichen Nutzfläche auf die Kantone verteilt.

150 Vgl. z.B. § 12 der baselstädtischen Ordnung für das Kantonale Lehrerseminar vom 27. Nov. 1974 (GS BS 430.210); Art. 14 Abs. 2 des Reglementes über die Prüfungen und Promotionen am Interkantonalen Technikum Rapperswil vom 15. Juli 1976 (wiedergeg. in GS SG 234.24); Art. 13 Abs. 1 des st. gallischen Gesetzes über die Pädagogische Hochschule vom 12. Juni 1980 (GS SG 215.2); unnötig sind derartige Privilegierungsbestimmungen natürlich dann, wenn die Zulassungsordnung den Wohnsitz im Träger- oder Vereinbarungskanton als Aufnahmevoraussetzung statuiert (vgl. z.B. Art. 29 des wallisschen Reglementes über Lehrerseminarien vom 30. Nov. 1977 (GS VS III/Nr. 1041):

"Um in das Probejahr aufgenommen zu werden, hat der Kandidat folgende Bedingungen zu erfüllen:

lit. c: Im Wallis seinen Wohnsitz haben. Besondere Fälle werden durch das Departement entschieden."

151 In diesem Sinne Ziffer 6 eines von mehreren Kantonen und dem Fürstentum Liechtenstein unterzeichneten Vertrages betreffend das Lehrerseminar Rickenbach vom 26. Aug. 1976 (wiedergeg. in GS SZ Bd. VI/Nr. 671a): "Soweit die verfügbaren Plätze nicht für Schüler aus den Kantonen Schwyz und Uri beansprucht werden, steht den Seminaristen aus dem übrigen Vertragsgebiet gegenüber solchen aus anderen Gebieten der Vorrang zu."; vgl. auch § 12 der baselstädtischen Ordnung für das Kantonale Lehrerseminar vom 27. Nov. 1974 (GS BS 430.210): "Im Rahmen der verfügbaren Studienplätze werden in erster Linie Bewerber aufgenommen, die im Kanton Basel-Stadt oder in einem Kanton, mit dem Basel-Stadt ein Lehrerbildungsabkommen abgeschlossen hat, Wohnsitz haben."

kommt aber auch ein Mischsystem, welches ermöglicht, besonders geeignete Kandidaten solchen aus dem Kreis der an sich Privilegierten vorzuziehen¹⁵²⁾. Häufig fehlen Vorschriften darüber, nach welchen Kriterien allfällige Selektionen innerhalb der nach Wohnsitz getrennten Bewerbergruppen durchgeführt werden. Es ist anzunehmen, dass dazu die Ergebnisse der durchgeführten Aufnahmeprüfungen herangezogen werden. Dasselbe gilt in der Regel auch bei jenen Ordnungen, gemäss denen die Auswahl ausschliesslich aufgrund des Eignungskriteriums erfolgt¹⁵³⁾. Dass die Eignungsabklärung auch auf Vorbildung, Gespräche, Tests und Praktiken abstellen kann, wurde bereits früher erörtert¹⁵⁴⁾.

bb) Beurteilung einzelner Auswahlkriterien

aaa) Eignung

Die begabungsmässige Eignung stellt bereits ein qualitatives Erfordernis für den Zugang zu den staatlichen (Aus-)Bildungseinrichtungen dar. Als Auswahlkriterien müssen entsprechende Anforderungen somit über das hinausgehen, was schon zum Mitkommen im betreffenden (Aus-)Bildungsgang verlangt ist.

152 Vgl. § 4 der basellandschaftlichen Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar vom 10. Feb. 1981 (GS BL Bd. VI/Nr. 640.271):

1. Aufnahme jener Kandidaten aus dem Träger- und einem Vereinbarungskanton, die bei der Eignungsabklärung einen Mindestnotendurchschnitt von 5,0 erreicht haben.
 2. Zulassung ausserkantonaler Bewerber mit dem Mindestnotendurchschnitt von 5,0.
 3. Aufnahme der weiteren Kandidaten aus dem Trägerkanton nach erreichter Punktzahl.
 4. Zulassung ausserkantonaler Bewerber nach erreichter Punktzahl.
- 153 Vgl. § 5 Abs. 3 der baselstädtischen Ordnung betreffend die Technikerschule für die graphische Branche vom 19. Dez. 1979 (GS BS 421.700) sowie § 5 Abs. 3 der baselstädtischen Ordnung betreffend die Höhere Schule für Gestaltung vom 27. Okt. 1982 (GS BS 421.800): "Bestehen mehr Kandidaten die Prüfung, als Plätze zu vergeben sind, so erfolgt die Aufnahme nach der Rangfolge der Prüfungsergebnisse."

154 Dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4/a.

Denkbar ist auch eine inhaltliche Erweiterung des Eignungsbegriffs in dem Sinne, dass auch die Neigung des Kandidaten darunter fällt. Bei einer notwendigen Auswahl die Motivation der Bewerber zu berücksichtigen, ist an sich mit verfassungsrechtlichen Sachgerechtigkeitsanforderungen durchaus vereinbar. Allerdings liegen die Schwierigkeiten bei Durchführung und allfälliger Nachprüfung solcher Abklärungen auf der Hand. Dennoch dürfte dem Neigungsgesichtspunkt bei jenen Auswahlentscheiden eine gewisse Bedeutung zugemessen werden, welche sich auf Gespräche mit den Bewerbern abstützen⁽¹⁵⁵⁾.

Die sachliche Rechtfertigung des Eignungskriteriums ist nicht bestritten⁽¹⁵⁶⁾. Die Problematik besteht in der bereits früher erörterten Schwierigkeit der Begabungsprüfung⁽¹⁵⁷⁾. Diese wirkt sich bei Selektionsverfahren natürlich noch gravierender aus, als wenn es nur darum geht, im Rahmen der Ueberprüfung qualitativer Anforderungen einen gewissen Mindeststandard nachzuweisen. Entsprechend hoch sind die Anforderungen an die Fundiertheit der Eignungsabklärungen.

In der BRD wird die Tauglichkeit von Abiturnoten als Entscheidungsgrundlage für den Zugang zu Numerus-clausus-Fächern in Frage gestellt, da wegen der Unterschiede in der Leistungsbewertung und der Qualität der Schulen gleichen Noten durchaus verschiedene Qualifikationen zugrunde liegen können⁽¹⁵⁸⁾. Ähnliches dürfte auch für die kantonalen Maturitäten in der Schweiz gelten, trotz der in der MAV aufgestellten Minimalanforderungen⁽¹⁵⁹⁾. Man hat in der BRD versucht, die sich aus den Anforderungsunterschieden ergebenden Ungleichheiten dadurch auszumerzen, dass die Durchschnittsnoten der einzelnen Länder jährlich miteinander verglichen und die Reifezeugnisse der Bewerber je nach dem Ergebnis dieses Vergleiches um einen Bonus oder Malus verändert wurden⁽¹⁶⁰⁾. Später wurde diese sogenannte Bonus-Malus-Regelung durch die Festlegung von Landesquoten er-

155 Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 u. 3 des st. gallischen Reglementes über Aufnahme und Promotion im Lehramtskurs vom 11. Nov. 1981 (GS SG 215.531.2).

156 Vgl. BGE 103 Ia 400 E. 2b/bb betreffend Zulassung zu einem staatlichen Lehrerseminar.

157 Dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4a.

158 Siehe BVerfGE 33, 349; 43, 320, 344; Hirtschulz, S. 63 m.w.H., S. 329f.

159 Vo über die Anerkennung von Maturitätsausweisen (Maturitäts-Anerkennungsverordnung-MAV) vom 22. Mai 1968 (SR 413.11); siehe dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4a.

160 Vgl. dazu BVerfGE 43, 330f. E. 2 m.w.H.

setzt, wobei strittig war, nach welchen Gesichtspunkten diese zu bemessen seien(161).

Wenn überhaupt auf Maturitätsnoten abgestellt wird, erscheint es sinnvoller, statt des Notendurchschnitts auf Leistungen bestimmter Mittelschulfächer abzustellen, die einen näheren Bezug zum gewünschten Studium aufweisen(162). Dieses Vorgehen kann allerdings erst recht zu einer die Studienwünsche wohlwollend berücksichtigenden Notengebung verleiten(163).

Im Zusammenhang mit Auswahlverfahren fällt allgemein die Tatsache besonders negativ ins Gewicht, dass über den Zugang zu berufsspezifischen Ausbildungen Leistungen in allgemeinbildenden Fächern entscheiden. Es wäre auch denkbar, die Selektion nicht vor der Aufnahme, sondern anlässlich einer Zwischenprüfung durchzuführen. Eine solche Regelung würde sich jedoch negativ auf das Arbeitsklima zu Beginn des Ausbildungsganges auswirken. Dazu kommt ein besonderes Dilemma: Einerseits sollte eine solche Prüfung nicht zu früh erfolgen, so dass die Feststellung der speziellen Facheignung tatsächlich möglich wäre. Andererseits wirkt sich das Ausscheiden für die Betroffenen umso härter aus, je mehr Zeit sie für die Ausbildung bereits investiert haben. Auch die Berücksichtigung praktischer Tätigkeiten der Anwärter ist nicht problemlos, wie das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Numerus clausus an Hochschulen festgestellt hat: Die generelle Bevorzugung von Bewerbern mit entsprechenden Erfahrungen birgt die Gefahr in sich, dass sich die Selektionsentscheidung in den Einflussbereich nicht staatlicher Stellen verschiebt(164).

bbb) Wartezeit

Es entspricht grundsätzlich den Anforderungen an eine sachgerechte Auswahl, wenn Kandidaten bevorzugt zugelassen werden, die sich vor längerer Zeit um die Aufnahme beworben haben¹⁶⁵).

Entsprechende Regelungen werden zu einer Art Prüfstein für die Motivation: Wer Wartezeiten und die damit verbundenen Konsequenzen - namentlich den späteren Eintritt ins Erwerbsleben - in Kauf nimmt, beweist, dass ihm an der betreffenden Ausbildung wirklich etwas gelegen ist.

161 Vgl. dazu BVerfGE 43, 331ff.; siehe auch BGE 103 Ia 390 E. 7d/cc; mögliche Kriterien sind u.a.: Einwohnerzahl, Zahl der Einwohner im durchschnittlichen Studienalter, Zahl der Studienanwärter eines Kantons.

162 Vgl. BVerfGE 33, 349 sowie BGE 103 Ia 390 E. 7d/cc.

163 Siehe BVerfGE 33, 349, wo dieses Bedenken ganz allgemein gegenüber Abiturnoten als Auswahlkriterien angemeldet wird.

164 Vgl. BVerfGE 43, 369ff. E. 4, 372ff. E. II/1.

165 Siehe Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 462 zu Art. 12 GG; BVerfGE 33, 348.

Ob die Wartezeitzulassung verfassungsmässig ist, hängt allerdings von den konkreten Umständen ab: Je länger nämlich die Wartezeiten werden, desto stärker benachteiligen sie die sozial schwächeren Anwärter¹⁶⁶⁾. Dies gilt jedenfalls für Lehrgänge, die nicht an bereits abgeschlossene Berufsausbildungen anschliessen. Sodann ist zu berücksichtigen, dass dem Wartezeitkriterium bei einem starken Missverhältnis zwischen Ausbildungsangebot und -nachfrage für bestimmte Bewerberjahrgänge faktisch ausschliessende Wirkung zukommen kann¹⁶⁷⁾. Aus diesen Gründen kann die Verfassung gegebenenfalls den Verzicht auf das Wartezeitkriterium gebieten.

Allgemein dürfte es nicht angehen, bei der Zulassung zur staatlichen (Aus-)Bildung ausschliesslich auf den Wartezeitgesichtspunkt abzustellen. Damit würde auf die Berücksichtigung von Kriterien verzichtet, die zum Entscheidungsgegenstand einen mindestens ebenso nahen Bezug aufweisen wie die Wartezeit.

ccc) Wohnsitz

Der hier zu behandelnde Auswahlgesichtspunkt stellt auf die Tatsache ab, ob der Bewerber im Rechtsraum des Träger- oder eines Vereinbarungsgemeinwesens wohnhaft ist. Der dabei verwendete Wohnsitzbegriff knüpft - wie sich aus der Rechtfertigung des Wohnsitzkriteriums ergibt - regelmässig an das steuerrechtlich relevante Domizil an¹⁶⁸⁾. Bei den Ausländern kann offenbar auch ihrem Status aufgrund des BG über Aufenthalt und Niederlassung¹⁶⁹⁾ eine Bedeutung zukommen.

Das Hochschulförderungsgesetz geht davon aus, dass der unbeschränkte Universitätszugang aller hochschulreifen Schweizer und niedergelassenen Ausländer anzustreben bzw. zu erhalten ist⁽¹⁷⁰⁾. Eine Niederlassungsbewilligung erhält jener Ausländer, der sich bereits längere

166 Vgl. BVerfGE 33, 348, wo dafür plädiert wird, dieser Tatsache im Rahmen der Härtefallklausel Rechnung zu tragen.

167 Plotke, Schulrecht, S. 280; BVerfGE 43, 317ff. E. 2.

168 Vgl. Visini, S. 70.

169 BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), SR 142.20.

170 Art. 19bis Abs. 2 HFG; vgl. auch § 4 Abs. 3 IHV.

Zeit - in der Regel mindestens 10 Jahre - in der Schweiz aufgehalten hat¹⁷¹⁾. Inwiefern eine Differenzierung zwischen niedergelassenen Ausländern und ausländischen Aufenthaltern - welche an ihrem Aufenthaltsort steuerpflichtig sind - gerechtfertigt ist, bedarf jedenfalls der Abklärung im konkreten Fall.

Die Bevorzugung der Einheimischen bei der Benützung öffentlicher Einrichtungen wird im allgemeinen mit zwei Argumenten begründet: Die Institutionen sind auf die Nachfrage der Einwohnerschaft eines Rechtsraumes zugeschnitten¹⁷²⁾. Personen mit Wohnsitz im Trägergemeinwesen tragen zudem durch ihre Steuerkraft mittelbar zu den Aufwendungen für die Leistungseinrichtungen bei¹⁷³⁾. Im Zuge verstärkter interkantonalen Zusammenarbeit - namentlich im (Aus-)Bildungswesen - kommt der finanzielle Aspekt auch in der Weise zum Tragen, dass sich die Privilegierung auf diejenigen Auswärtigen erstreckt, deren Herkunftskanton in irgendeiner Form an den Einrichtungskosten beteiligt ist¹⁷⁴⁾.

Im folgenden ist zu prüfen, inwiefern die wohnsitzbezogene Ungleichbehandlung potentieller Benützer auf der Ebene des Zulassungswesens gerechtfertigt ist: Eine wohnsitzunabhängige Aufnahmepraxis kann bei starker Uebernachfrage zu einer Verdrängung derjenigen Bewerber führen, für welche die Einrichtung in erster Linie geschaffen ist. Dadurch wird die Erfüllung der einer Institution übertragenen Aufgabe, bestimmte Rechtsräume mit einer Leistung zu versorgen, in Frage gestellt. Schon von daher ist es grundsätzlich zulässig, den Wohnsitz in Träger- oder Vereinbarungsgemeinwesen als Kriterium einer notwendigen Selektion heranzuziehen. Dazu kommt der erwähnte haushaltspolitische Gesichtspunkt: Die Einrichtungskosten können häufig durch Benützungsgebühren bei weitem nicht gedeckt werden¹⁷⁵⁾.

171 Art. 11 Abs. 5 der VVo vom 1. März 1949 (SR 142.201) zum oben, Fn. 169, zitierten ANAG.

172 BGE 101 Ia 185f., 100 Ia 292 E. 3b.

173 Hangartner, Numerus clausus, S. 835f.; BGE 100 Ia 292 E. 3b.

174 Siehe § 8 der IHV; BGE 103 Ia 386f. E. 7c/bb.

175 Ausführlich zum Problem der fehlenden finanziellen Beteiligung Auswärtiger an den Kosten von durch sie mitbenützten öffentlichen Leistungen Visini, S. 62ff.

Allerdings kommt der Steuer nicht die Funktion einer Kostenpauschale für die Benützung öffentlicher Einrichtungen zu. Abgesehen davon weist das Kriterium des steuerrechtlich relevanten Domizils eines Kandidaten zum Zeitpunkt des Aufnahmeverfahrens stark pauschalisierenden Charakter auf: Es berücksichtigt in der Regel - von einer erforderlichen Minimaldauer der Steuerpflicht im Trägergemeinwesen (Karenz) abgesehen - weder allfällige frühere noch mögliche künftige Steuerleistungen¹⁷⁶).

Beim Gesichtspunkt finanzieller Beiträge des Herkunftskantons fällt in Betracht, dass der einzelne Zulassungsanwärter darauf keinen entscheidenden Einfluss hat.

Indessen gilt das oben zum Wartezeitkriterium Gesagte für den Wohnsitzgesichtspunkt erst recht: Anderen Bewerbermerkmalen kann eine intensivere sachliche Beziehung zu der zu bewältigenden Selektionsproblematik zukommen. Bei (Aus-)Bildungseinrichtungen gilt dies namentlich für das Kriterium der Eignung¹⁷⁷).

In welchem Rahmen sich die Privilegierung nach Wohnort bewegen darf, entscheidet sich nach der Bedeutung der angebotenen Leistung und dem Grad der Angewiesenheit der aufgrund ihres Wohnsitzes benachteiligten Bewerber.

(Aus-)Bildungseinrichtungen vermitteln Chancen beruflicher und persönlicher Entfaltung. Ihren Leistungen kommt grundrechtliche Relevanz zu¹⁷⁸). Gerade deswegen ist heute jeder Kanton dafür besorgt, dass seine Angehörigen bezüglich des Wohnsitzkriteriums bevorzugten Zugang zu staatlicher Bildung und Ausbildung geniessen, sei es, dass er selber entsprechende Einrichtungen führt, sei es, dass er sich in irgendeiner Form an solchen beteiligt. Gewisse Ausbildungen werden allerdings nur von einzelnen kantonalen oder interkantonalen Institutionen angeboten. Hier besteht eine grössere Abhängigkeit von Bewerbern mit Herkunft aus nicht beteiligten Kantonen. Dem ist - unter Berücksichtigung der rechtlichen oder tatsächlichen Bedeutung des betreffenden Lehrgangs für die berufliche und persönliche Entfal-

176 Siehe BGE 103 Ia 387 E. 7c/bb: "Es gilt..... auch zu berücksichtigen, dass regelmässig ein bestimmter Anteil der Hochschulabsolventen nach Abschluss der Studien im Hochschulkanton wohnhaft bleibt und somit dort erwerbstätig und steuerpflichtig wird, womit ein gewisser volkswirtschaftlicher Ausgleich der Aufwendungen für den Betrieb der Universität herbeigeführt wird.".

177 In diesem Sinne auch Zenger, S. 61f.

178 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

tung¹⁷⁹⁾ - bei der Regelung einer allfälligen Bewerberauswahl Rechnung zu tragen. Jedenfalls darf über die Verwirklichung grundrechtlich geschützter Befugnisse nicht ausschliesslich der kantonale Wohnsitz des Grundrechtsträgers entscheiden. Das Bundesgericht hat eine denkbare Auswahlordnung für den Hochschulzugang, welche allein auf die Beitragsleistungen des Herkunftskantons eines Zulassungsanwärters abstellte, als nicht unbedenklich bezeichnet¹⁸⁰⁾.

Eine derartige Regelung erschiene auch unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit⁽¹⁸¹⁾ als problematisch. Sie würde den Bewerber aus einem nicht beitragsleistenden Kanton vor die Wahl stellen, auf jegliche Chance der Zulassung zum gewünschten Studium zu verzichten oder aber eine gewisse Zeit vor der Stellung des Aufnahmegesuches den Wohnsitz zu verlegen. Es sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass das Bundesgericht in einem verwandten Problemkreis, nämlich demjenigen der Wohnsitzpflicht von Beamten, die Niederlassungsfreiheit immerhin als tangiert betrachtet⁽¹⁸²⁾. Die Entscheidung, welche der betroffene Beamte zu fällen hat, ist mit derjenigen des Zulassungsanwärters vergleichbar: Er kann der Wohnsitzpflicht nachkommen oder auf die betreffende Beamtenstelle verzichten.

Ergibt es sich, dass der strikte Ausschluss von Bewerbern mit Herkunft aus einem nicht beitragsleistenden Kanton von einer bestimmten (Aus-)Bildungseinrichtung unzulässig ist, so folgt daraus auch eine Rechtspflicht des betreffenden abseits stehenden Kantons. Er hat zur Lösung des Kosten- und eines allfälligen Erweiterungsproblems beizutragen, wie dies im Hochschulwesen durch die Interkantonale Vereinbarung über Hochschulbeiträge geschehen ist.

Die kantonalen Universitäten nehmen heute eine nationale Aufgabe wahr⁽¹⁸³⁾. Ihre Ausbildungsgänge sind längst gesamtschweizerisch institutionalisiert, sei es, dass sie - wie bei den Medizinern - eine eigentliche Berufszulassungsvoraussetzung darstellen, sei es, dass sie die Berufschancen der Hochschulabgänger im ganzen Land entscheidend beeinflussen. Die Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Hochschul- und Nichthochschulkantonen wird auch aus dem Prinzip der Bundestreue abgeleitet⁽¹⁸⁴⁾, welches unter anderem gegenseitige Loyalität im Verhältnis zwischen den Gliedstaaten verlangt⁽¹⁸⁵⁾. Dank

179 Dazu siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

180 BGE 103 Ia 387 E. 7c/bb.

181 Art. 45 BV.

182 Vgl. BGE 106 Ia 28ff., 103 Ia 456ff. E. 4.

183 Hangartner, Numerus clausus, S. 839.

184 Hangartner, Numerus clausus, S. 830f., 837f.

185 Ausführlich zum Prinzip der Bundestreue Kölz Alfred, Bundestreue als Verfassungsprinzip, in: ZBl 81/1980, S. 145ff.

des Beitrittes sämtlicher Kantone zur erwähnten Hochschulvereinbarung wird deren § 8 keine praktische Bedeutung erlangen. Seine Zulässigkeit erscheint im Lichte obiger Ausführungen zweifelhaft: Im Falle von Zulassungsbeschränkungen würden Studienanwärter aus nicht beigetretenen Kantonen erst aufgenommen werden, nachdem die Bewerber aus den Vereinbarungskantonen Platz gefunden haben(186). Dies hätte die Zulassungschancen der benachteiligten Kandidaten zumindest für gewisse stark belastete Studien praktisch beseitigen können. Aufgrund ihrer kantonalen Herkunft wären die Betroffenen von der Möglichkeit, bestimmte akademische Berufe zu ergreifen, ausgeschlossen worden. Dies wirkt umso stossender, als in Absatz 3 dieser Bestimmung das Finanzierungsproblem auf der Ebene der Benützungsgebühren zusätzlich angegangen wird - übrigens in einer Weise, welche unter den nach dem Wohnsitz schlechter gestellten Bewerbern die sozial schwächeren ganz besonders getroffen hätte(187).

ddd) Regionaler Bedarf

Die Bewerberauswahl nach regionalen Bedarfsgrössen ist nur dort gerechtfertigt, wo auch die heutige Mobilität der Bevölkerung einen Versorgungsausgleich nicht herbeizuführen vermag¹⁸⁸⁾. Dies ist vorab bei Erwerbstätigkeiten der Fall, denen je nach regionalen Gegebenheiten eine unterschiedliche Bedeutung zukommt. So hängt beispielsweise die Verbreitung der Landwirtschaft von der topographischen Beschaffenheit und der Besiedlungsstruktur eines Gebietes ab.

Die Berücksichtigung des regionalen Bedarfes stellt eine Sonderart der Ausbildungslenkung dar. Es sind deshalb - soweit es um privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeiten geht - die kompetenzmässigen und inhaltlichen Verfassungsvorbehalte gegen Eingriffe in die freie Konkurrenz zu beachten¹⁸⁹⁾.

Das Abstellen auf regionale Versorgungsanliegen läuft darauf hinaus, dass bei der Auswahl der Herkunftsort der Ausbildungsanwärter be-

186 § 8 Abs. 2 IHV.

187 § 8 Abs. 3 IHV lautet: "Den Studenten aus Kantonen, die dieser Vereinbarung nicht beitreten, werden zusätzliche Gebühren auferlegt, die mindestens den Beiträgen der Vereinbarungskantone entsprechen."

188 Plotke, Schulrecht, S. 286.

189 Dazu siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/D/2/a.

sonders gewichtet wird. Man unterstellt, dass diese regelmässig später dort den erlernten Beruf ausüben werden.

Die Ausbildungsplätze des Schweizerischen Landwirtschaftlichen Technikums, einer interkantonalen Einrichtung, werden unter die Kantone nach einem Schlüssel aufgrund der landwirtschaftlichen Bevölkerung und der landwirtschaftlichen Nutzfläche verteilt¹⁹⁰). Es kann offenbar davon ausgegangen werden, dass sich die Bewerber aus Regionen und Bevölkerungskreisen rekrutieren, die mit der Landwirtschaft verbunden sind. Auch dürfte die Quote derjenigen, die nach der Ausbildung in der Herkunftsregion tätig sein werden, hoch sein.

eee) Bürgerrecht

Das Staatsbürgerrecht ist Anknüpfungspunkt für zahlreiche rechtliche Differenzierungen. Deren Zulässigkeit bestimmt sich nach staatsvertraglichen Regelungen, aber auch nach den für jedermann geltenden rechtsstaatlichen Garantien¹⁹¹) sowie nach jenen Grundrechten, die ihres Menschenrechtscharakters wegen auch dem Ausländer zustehen¹⁹²).

Im Zusammenhang mit der Beurteilung des Staatsbürgerrechts als Auswahlkriterium stellt sich die Frage, ob der Zugang des Ausländers zu staatlicher (Aus-)Bildung unter grundrechtlichem Schutz steht. Gemäss heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich der ausländische Staatsangehörige - spezielle staatsvertragliche Bestimmungen vorbehalten - nur insoweit auf die HGF berufen, als er nicht gerade wegen seiner Ausländerqualität besonderen wirtschaftspolizeilichen Beschränkungen unterworfen ist¹⁹³). Die persönlichkeitsnahe

190 Art. 2 Abs. 4 des Konkordates über das Schweizerische Landwirtschaftliche Technikum vom 30. Juni 1964 (wiedergeg. in SR 412.191.02).

191 Siehe dazu im einzelnen Wertenschlag Rudolf, Grundrechte der Ausländer in der Schweiz, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B, Bd. 6, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 296ff.

192 Siehe dazu Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 89 Anm. 1, 91; ausführlich Wertenschlag Rudolf, zit. oben, Fn. 191.

193 BGE 108 Ia 148ff.; vgl. auch BGE vom 24. Feb. 1984, wonach die Regelung des zürcherischen Anwaltsgesetzes, welche den Anwaltsberuf Schweizer Bürgern vorbehält, keine Verfassungsverletzung darstelle ("Tages-Anzeiger" vom 28. Feb. 1984, S. 17).

Freiheit der Berufswahl dürfte - jedenfalls insoweit sie auf den Ausbildungszugang ausstrahlt - grundsätzlich auch für den Ausländer gelten¹⁹⁴⁾. Die persönliche Freiheit sodann, welche hinsichtlich des Schutzes elementarer Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung für die Zulassung zu (Aus-)Bildungseinrichtungen bedeutsam sein kann, ist ein Recht des Individuums schlechthin¹⁹⁵⁾. Schliesslich hat das Bundesgericht Art. 4 BV seit jeher über den Wortlaut hinaus auch auf Ausländer angewendet. Diesbezügliche Entscheide beschlagen allerdings vorab den Bereich der Rechtsanwendung¹⁹⁶⁾. Was die Gleichheit im Gesetz betrifft, so untersagt Art. 4 BV nicht zum vornherein jede besondere Behandlung des ausländischen Staatsangehörigen. Diese bedarf jedoch - wie jede rechtliche Ungleichbehandlung - der sachlichen Rechtfertigung¹⁹⁷⁾.

Dass Ausländer mit Wohnsitz im Ausland bezüglich der Zulassung zu (Aus-)Bildungseinrichtungen besonderen Regelungen unterstellt werden dürfen¹⁹⁸⁾, ergibt sich bereits aus dem Gesichtspunkt des fehlenden Domizils im Trärgemeinwesen¹⁹⁹⁾. Die Bevorzugung von Auslandsschweizern gegenüber der eben genannten Personenkategorie rechtfertigt sich damit, dass es Aufgabe des Staates ist, für seine im Ausland wohnhaften Bürger zu sorgen und deren nahe Beziehung zum Heimatland zu erhalten.

Dagegen stellt innerhalb des Kreises der in der Schweiz wohnhaften Personen²⁰⁰⁾ die ausländische Staatsbürgerschaft als solche noch keinen genügenden Grund für eine unterschiedliche Behandlung bei der Zulassung zu staatlichen (Aus-)Bildungsgängen dar. Vielmehr be-

194 Vgl. Saldin, Grundrechte, S. XLV; Zenger, S. 37f., 41.

195 BGE 98 Ia 99 E. 1; Wertenschlag Rudolf, zit. oben, Fn. 191, S. 310 m.w.H.

196 Vgl. Wertenschlag Rudolf, zit. oben, Fn. 191, S. 290ff., insbes. 293f.

197 Vgl. BGE 93 I 4 E. 1a.

198 Vgl. z.B. Art. 18 Abs. 1 des st. gallischen Hochschulstatuts vom 18. Sept. 1975 (GS SG 217.15).

199 Zum Wohnsitzkriterium siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/ccc.

200 Zur Frage des bei Ausländern heranzuziehenden Wohnsitzbegriffes siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/ccc.

darf die Heranziehung des Staatsbürgerrechts als Selektionsgesichtspunkt ihrerseits der sachlichen Begründung. Eine solche kann beispielsweise in der Tatsache erblickt werden, dass Ausländer zu dem einer bestimmten Ausbildung entsprechenden Beruf nicht zugelassen werden, wie dies namentlich bei gewissen Tätigkeiten im Staatsdienst der Fall ist.

Freilich stellt sich dann wiederum die Frage, ob die betreffende Berufszugangsbeschränkung auf verfassungsrechtlich haltbaren Erwägungen beruht⁽²⁰¹⁾.

Wie bereits erwähnt geht man hinsichtlich des Hochschulzugesanges offenbar davon aus, dass in der Schweiz niedergelassene Ausländer gleich den Schweizer Bürgern zu behandeln sind⁽²⁰²⁾.

Art. 60 BV verpflichtet die Kantone, alle Schweizer Bürger in Gesetzgebung und Verfahren den eigenen Kantonsbürgern gleichzustellen. In einem Teil der Lehre wird angenommen, dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift durch Art. 43 Abs. 4 Satz 1 BV eine Einschränkung erfährt. Ausgangspunkt dieser Auffassung ist die Tatsache, dass der Wortlaut der letztgenannten Bestimmung dem niedergelassenen Schweizer Bürger alle Rechte des Kantonsbürgers einräumt. Daraus wird gefolgert, dass innerhalb des Anwendungsbereiches von Art. 43 Abs. 4 BV die nicht ansässigen Kantonsbürger gegenüber den übrigen auswärts wohnhaften Schweizer Bürgern besser gestellt werden dürfen⁽²⁰³⁾.

Trifft dies zu, so stellt sich sogleich die Frage, wie die Geltungsbereiche von Art. 60 BV und von Art. 43 Abs. 4 Satz 1 BV voneinander abzugrenzen sind⁽²⁰⁴⁾. Die Befürworter der oben genannten Lehrmeinung plädieren für eine restriktive Auslegung des Begriffes

201 Vgl. betreffend Zugang der Ausländer zum Schuldienst Plotke, Schulrecht, S. 353f.

202 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/cc; vgl. jedoch § 11 Abs. 1 des zürcherischen Reglementes für die Studierenden und Auditoren der Universität Zürich vom 17. Jan. 1967 (GS ZH 415. 31), wonach zumindest nach dem Wortlaut für den Fall einer Kapazitätsererschöpfung generell die Beschränkung der Zulassung ausländischer Studenten vorgesehen ist.

203 Aubert, droit constitutionnel, Nr. 1013d; Fleiner/Giacometti, S. 234f., 269, 273; Grisel E., S. 57f.; Stoffel, S. 59ff.; Visini, S. 51f., 54.

204 Visini, S. 52.

"alle Rechte" im Sinne von Art. 43 Abs. 4 BV²⁰⁵). Dieser soll demnach nur Rechte auf staatliche Leistungen erfassen²⁰⁶). E. Grisel beschränkt die nach Art. 43 Abs. 4 seines Erachtens zulässige Privilegierung auswärtiger Kantonsbürger gegenüber den übrigen nicht im Kanton wohnhaften Schweizern auf die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen²⁰⁷). Als denkbaren Anwendungsfall nennt er den Universitätszugang²⁰⁸).

Nach meinem Dafürhalten ist eine Privilegierung bei der Zulassung zu öffentlichen (Aus-)Bildungseinrichtungen aufgrund des Kantonsbürgerrechts mit Artikel 60 BV nicht vereinbar. Was zunächst das Verhältnis zwischen Art. 60 BV und Art. 43 Abs. 4 BV betrifft, so handelt es sich bei letzterer Vorschrift m.E. nicht um eine Einschränkung zum Grundsatz der Gleichbehandlung aller Schweizer Bürger durch die Kantone: Art. 43 Abs. 4 BV will dem niedergelassenen Schweizer Bürger an seinem Wohnsitz unter Vorbehalt der verfassungsmässigen

205 Fleiner/Giacometti, S. 273; Stoffel, S. 60ff.; andernfalls käme dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Schweizer Bürger gemäss Art. 60 BV praktisch keine Bedeutung mehr zu.

206 Fleiner/Giacometti, S. 273; Stoffel, S. 62; kritisch Visini, S. 53f.

207 Grisel E., S. 57; er beruft sich dabei auch auf BGE 100 Ia 287ff. = ZBl 76/1975, S. 27ff., wo es um die Beschränkung der Zulassung zu einem gemeindeeigenen Hallenbad ging. Gemäss der vom Bundesgericht als verfassungsmässig betrachteten Regelung hatten nur Gemeindeglieder und auswärts wohnhafte Gemeindeglieder Zugang. Allerdings hatte sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit der Bevorzugung der auswärtigen Gemeindeglieder gegenüber den übrigen Nichtwohnern nicht zu befassen (vgl. E. 3f. des genannten Entscheides, wiedergeg. in ZBl 76/1975, S. 31). Abgesehen davon sind die Anforderungen an die Bewerberauswahl bei der Zulassung zu einer Freizeitanlage und beim Zugang zu staatlicher (Aus-) Bildung nicht ohne weiteres miteinander vergleichbar (siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/1/E/2/a). Es fällt übrigens auf, dass die Argumentation von E. Grisel mehr auf die Frage der Gleichbehandlung zwischen den Einwohnern und den wie diese bevorzugten auswärtigen Bürger ausgerichtet ist und weniger darauf, ob innerhalb des Kreises der auswärts wohnhaften Personen zwischen Bürgern und Nichtbürgern eine öffentliche Einrichtung führenden Gemeinwesens unterschieden werden darf (vgl. Grisel E., S. 57).

208 Grisel E., S. 58.

Ausnahmen²⁰⁹⁾ die Rechtsstellung des ansässigen²¹⁰⁾ Kantons- und des ansässigen Gemeindebürgers einräumen²¹¹⁾. Nur diese Auslegung ergibt einen klaren Sinn, da es eine einheitliche Rechtsposition des Kantons- und Gemeindebürgers, des ansässigen wie des auswärts wohnhaften also, gar nicht gibt. Auch fehlen in den Entstehungsgeschichten von Art. 43 Abs. 4 BV²¹²⁾ und von Art. 60 BV²¹³⁾ Hinweise darauf, dass man mit der erstgenannten Bestimmung beabsichtigte, die Kategorie der nicht in einem bestimmten Kanton wohnhaften Personen in gewisser Hinsicht vom Grundsatz der Gleichbehandlung aller Schweizer Bürger durch die Kantone auszunehmen²¹⁴⁾. Vielmehr bezog sich Art. 60 BV ursprünglich in erster Linie auf die Gleichbehandlung der auswärtigen Kantons- und Schweizerbürger in zivilrechtlichen Angelegenheiten²¹⁵⁾, wofür auch die damals - im Vergleich zu heute - weit geringere Mobilität der Bevölkerung spricht. Demgegenüber geht es in Art. 43 Abs. 4 BV um die Rechtsstellung des niedergelassenen Schweizer Bürgers vorwiegend in staats- und verwaltungsrechtlicher Hinsicht²¹⁶⁾.

209 Art. 43 Abs. 4 Satz 2, Art. 43 Abs. 5, sowie die seit 1979 nicht mehr geltenden Absätze 2 und 3 des Art. 45 BV.

210 Das Wohnen in der Heimatgemeinde wird nicht mit dem Begriff "Niederlassung" zum Ausdruck gebracht (Aubert, droit constitutionnel, Nr. 1964, BGE 46 I 309f.). Dies ist möglicherweise ein Grund dafür, dass der Wortlaut von Art. 43 Abs. 4 Satz 1 von der Gleichstellung des niedergelassenen Schweizer Bürgers mit dem Kantons- und Gemeindebürger spricht.

211 Vgl. die auf diese Interpretation hinweisenden Formulierungen des Bundesgerichts in BGE 103 Ia 386 E. 7c/bb und 99 Ia 634 E. 6, sowie bei Hangartner, Staatsrecht, Bd. II, S. 192f.; vgl. auch Visini, S. 43f. m.w.H.

212 Dazu Burckhardt, S. 358ff.

213 Dazu Burckhardt, S. 566ff.

214 In diesem Sinne auch Visini, S. 45f.. Hingegen war die Frage, welche Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen niedergelassenen Schweizer Bürgern und ansässigen Kantons- und Gemeindebürgern gelten sollten, recht umstritten (vgl. Protokoll der Revisionskommission der Tagsatzung, S. 35ff., 174).

215 Vgl. Burckhardt, S. 365, 566 und 568; Protokoll der Revisionskommission der Tagsatzung, S. 145f.; der Entwurf von 1832 zum heutigen Art. 60 BV verlangte die Gleichstellung in bezug auf Steuern, Schuld- und Konkursachen, Erbschaftsverhältnisse und auf das gerichtliche Verfahren überhaupt (Burckhardt, S. 566).

216 Burckhardt, S. 365.

Abgesehen von der Beurteilung des Verhältnisses zwischen Art. 60 BV und Art. 43 Abs. 4 BV erscheint die ungleiche Behandlung von auswärts wohnhaften Bürgern des Trägerkantons einerseits und von nicht im betreffenden Kanton niedergelassenen anderen Schweizer Bürgern andererseits auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes als nicht haltbar²¹⁷⁾: Auf nicht ansässige Heimat-zugehörige treffen jene Gesichtspunkte eben nicht zu, welche in einem gewissen Rahmen die Bevorzugung der Einwohner gegenüber den Kantonsfremden rechtfertigen. Weder wird die Aufnahmefähigkeit einer öffentlichen Einrichtung auf die Bedürfnisse auch der auswärtigen Bürger des Trägergemeinwesens zugeschnitten, noch trägt dieser Personenkreis mittels der Steuerkraft zu den Einrichtungskosten bei. Schliesslich weisen heutzutage nicht ansässige Personen zu ihrem Heimatkanton und zu ihrer Heimatgemeinde regelmässig keine besondere Beziehung mehr auf und unterscheiden sich somit auch diesbezüglich nicht von den übrigen auswärts wohnhaften Schweizer Bürgern.

fff) Härtefallkriterium

Es entspricht durchaus der Forderung, dass stossende Folgen der beim Numerus clausus unumgänglichen Ungleichbehandlung von Aufnahmebewerbern möglichst vermieden werden, wenn eine Auswahlordnung die Berücksichtigung besonderer Härtefälle ermöglicht.

Im deutschen Hochschulzulassungsrecht wird zugunsten von Anwärtern, für welche die Nichtzulassung eine stossende Härte bedeuten würde, eine Vorabquote von Studienplätzen ausgeschieden(218). Einzelnen Härtegesichtspunkten kann auch im Rahmen der Anwendung der allgemeinen Auswahlkriterien Rechnung getragen werden, so etwa im Zusammenhang mit der Wartezeit der besonderen Situation von Absolventen des zweiten Bildungsweges(219).

217 So auch Visini, S. 55.

218 Vgl. Art. 13 Abs. 1 Ziff. 1 StV sowie § 18 der Vo über die zentrale Vergabe von Studienplätzen und die Durchführung eines Feststellungsverfahrens (Vergabeverordnung ZVS), Stand Dezember 1980 (zitiert aus Bahro, S. 174).

219 Vgl. BVerfGE 43, 365ff. E. C.

Das Erfassen von Sonderfällen bedeutet ein Abweichen von den standardisierten Entscheidungsgrundlagen. Es bedarf somit zusätzlicher Aufwendungen der entscheidenden Stellen. Von Fall zu Fall muss abgeklärt werden, ob und in welchem Rahmen entsprechende staatliche Leistungen nicht nur politisch wünschbar, sondern verfassungsrechtlich gefordert sind.

ggg) Losentscheid

Die Zuteilung von (Aus-)Bildungsmöglichkeiten aufgrund eines Losverfahrens erfüllt einerseits in optimaler Weise die Forderung, dass eine Auswahl jedem geeigneten Bewerber eine Chance einräumen muss. Andererseits liegt die Problematik von Entscheidungen auf der Hand, bei denen die Verwirklichung grundrechtlich geschützter Befugnisse vom Zufall abhängt²²⁰⁾.

Die "Chance" im hier verwendeten Sinne lässt sich auch nicht recht in den Begriff der "Chancengleichheit" oder der "Chancenangleichung" einfügen²²¹⁾. Das Prinzip der Chancengleichheit verlangt eine Angleichung der realen Möglichkeiten, aus denen sich der Einzelne etwas "erarbeiten" kann²²²⁾. Ob sich die Chance im Losverfahren realisiert, kann aber durch eigenes Zutun gerade nicht beeinflusst werden.

Eine ausschliesslich auf die Losziehung abgestützte Selektion steht ausserhalb der Diskussion. Die Bewerberauswahl nach dem Zufallsprinzip ist nur in Kombination mit andern Kriterien überhaupt denkbar und auch hier nur dann, wenn sämtliche Möglichkeiten der Berücksichtigung sachbezogener Gesichtspunkte ausgeschöpft sind²²³⁾. Dabei ist

220 BVerfGE 43, 324 E. 3b; vgl. auch Plotke, Schulrecht, S. 280.

221 Nell Ernst Ludwig, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 446, Berlin 1983, S. 236f.

222 Nell, a.a.O., Fn. 221, S. 237.

223 Vgl. Maunz/Scholz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, N. 463 zu Art. 12 GG; in diesem Sinne auch Art. 14 Abs. 3 u. Art. 15 Abs. 6 StV: Losziehung, wenn Bewerber trotz Heranziehung verschiedener sachlicher Kriterien noch den gleichen Rang aufweisen; eine Verwaltungsbehörde begeht eine Ermessensunterschreitung, wenn sie anstelle einer (möglichen) Ermessensprüfung eine Auswahl durch das Los vornimmt (Imboden/Rhinow, Nr. 67/B/II/c; siehe betreffend die Zuteilung eines Jagdreviers im Falle der Bewerbung mehrerer Jägergruppen BGE 96 I 550ff.).

zu berücksichtigen, dass das Abstellen auf an sich sachgerechte Entscheidungsgrundlagen an einen Punkt gelangen kann, wo dem darauf gestützten Auswahlentscheid ebenfalls zufälliger Charakter zukommt. Dies ist dann der Fall, wenn Verschiedenheiten zwischen Bewerbern im Grenzbereich der Zulassungsquote hinsichtlich einer für die Auswahl massgeblichen Leistung ausserordentlich geringfügig sind²²⁴⁾. Geht es dabei nur um wenige Anwärter, so ist - anstelle einer Losziehung - auch die Aufnahme aller und ein entsprechendes Ueberschreiten der Limite in Erwägung zu ziehen. Ein solches Vorgehen drängt sich namentlich auf, wenn im Rahmen bedarfsorientierter Zulassungsbeschränkungen Kapazitäten ungenutzt bleiben²²⁵⁾.

In der BRD kommen sogenannte gesteuerte Losverfahren zum Zuge, bei denen die mathematische Chance der Bewerber von deren Eignung⁽²²⁶⁾ oder Wartezeit⁽²²⁷⁾ abhängt⁽²²⁸⁾. Geht man von der oben umschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzung für Losentscheide aus, so ist es m.E. angebrachter, eine Grenze sachlich noch gerechtfertigter Unterscheidungen festzulegen und - wenn nötig - eine Restquote von Plätzen nach reinem Zufallsprinzip zu vergeben.

224 Vgl. BVerfGE 43, 319: "Für die Vielzahl der Abgewiesenen..... ist es weder sachgerecht noch zumutbar, wenn auf der Schnittstelle zwischen 1,7 und 1,8 (des Abiturnotendurchschnitts; Einfügung des Verfassers) darüber entschieden werden soll, wer sofort studieren kann oder aber bis zu sieben Jahren auf eine Zulassung zum Studium seiner Wahl warten muss."

225 Plotke bezeichnet die Heranziehung des Losentscheides bei bedarfsorientiertem Numerus clausus allgemein als unhaltbar (Plotke, Schulrecht, S. 286).

226 Vgl. Art. 16 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 7 Ziff. 2 StV und § 31 der Vo über die zentrale Vergabe von Studienplätzen und die Durchführung eines Feststellungsverfahrens (zit. oben, Fn. 218) betr. das Uebergangsverfahren vor der Einführung des besonderen Auswahlverfahrens.

227 Vgl. Art. 15 Abs. 5 StV und § 28 der Vo über die zentrale Vergabe von Studienplätzen und die Durchführung eines Feststellungsverfahrens (zit. oben, Fn. 218) betr. die Auswahl sogenannter Altwarter (dazu auch BVerfGE 59, 1ff.).

228 Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das leistungsgesteuerte Losverfahren als kennzeichnend für den Charakter von Auswahlregelungen als Notmassnahmen (BVerfGE 43, 325 E. 4). Es weist aber auch auf die Vorteile hin: Alsbaldige Entscheidung, Verminderung der schädlichen Nebenwirkungen des reinen Leistungsprinzips auf das Mittelschulwesen, Verbreitung der Zulassungschancen auf alle hochschulreifen Bewerber, ohne, wie beim reinen Losverfahren, die Leistungsmotivation völlig abzubauen (BVerfGE 43, 324 E. 3b).

Nell lehnt leistungsgesteuerte Losverfahren grundsätzlich ab, da er in ihnen einen inneren Widerspruch erblickt: Wenn die Abiturnote (für die Auswahl beim Hochschulzugang) als sachlicher Gesichtspunkt anerkannt sei, so könne dessen Gewicht - wie gering es auch immer sei - von demjenigen eines Losentscheides nicht übertroffen werden(229).

3. Einführung des Numerus clausus sowie Aenderung von Auswahlordnungen und Vertrauensschutz

Die Einführung von Zulassungsbeschränkungen kann im mehrstufigen System zusammenhängender (Aus-)Bildungsgänge den Wert langfristiger Dispositionen in Frage stellen²³⁰⁾. Ueber die Anwendbarkeit des Numerus clausus auf in dieser Hinsicht besonders betroffene Bewerber ist aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden: Es stehen sich das Anliegen des Schutzes berechtigten Vertrauens in den Fortbestand der bisherigen Ordnung²³¹⁾ und das öffentliche Interesse an der sofortigen Wirksamkeit von Zulassungsbeschränkungen gegenüber. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Vorliegen berechtigten Vertrauens in die Kontinuität einer Regelung nicht leichthin anzunehmen ist²³²⁾ und dass die Anordnung des Numerus clausus - jedenfalls des kapazitätsbedingten - regelmässig aus einer gewissen haushaltspolitischen Zwangslage heraus erfolgt.

In der Beschränkung des Zuganges zu den Universitäten läge ein tiefgreifender Einschnitt in das schweizerische Hochschulleben(233). Die Mittelschulbildung war bisher in erster Linie auf die anschliessende Absolvierung einer akademischen Ausbildung ausgerichtet(234). Durch ihre konstante, auf die möglichste Wahrung des freien Zuganges gerichtete Politik(235) haben die Behörden in Bund und Kantonen eine

229 Nell, a.a.O., Fn. 221, S. 243f.

230 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/D.

231 Zur verfassungsrechtlichen Fundierung siehe vorne, unter Kap. 2/§ 6/II/C.

232 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/D.

233 Vgl. BGE 103 Ia 388 E. 7d/aa.

234 Vgl. Zenger, S. 3f.; Botschaft des Bundesrates zur Aenderung des Bundesbeschlusses über die vierte Beitragsperiode nach dem HFG vom 14. Juni 1982, in: BB1 1982 II 510.

235 Sie kommt u.a. in den Erlassen über die Hochschulfinanzierung zum Ausdruck (vgl. Art. 19bis Abs. 2 HFG u. § 1 IHV).

gewisse Vertrauensgrundlage geschaffen. Auch die heutigen Mittelschüler haben guten Grund, damit zu rechnen, dereinst zumindest günstige Zulassungsbedingungen anzutreffen⁽²³⁶⁾. Eine eigentliche Abkehr von der bisherigen Politik, verbunden mit einer einschneidenden Reduzierung der Möglichkeit, überhaupt ein Hochschulstudium ergreifen zu können, würde berechtigtes Vertrauen enttäuschen. Dagegen wäre dies nicht der Fall, wenn Zulassungsbeschränkungen für einzelne Fachrichtungen im Rahmen kapazitätsbedingter Notwendigkeit angeordnet würden. Diese Möglichkeit stand - namentlich für das am stärksten belastete Fach Medizin - seit längerer Zeit zur Diskussion⁽²³⁷⁾. Sie wird auch durch die Interkantonale Vereinbarung über Hochschulbeiträge keineswegs ausgeschlossen⁽²³⁸⁾. Es kommt dazu, dass die Beschränkung des Zuganges zu einzelnen Studiengängen noch nicht zu einer eigentlichen Entwertung der Maturität führen würde. Der Eintritt in die Mittelschule erfolgt in aller Regel nicht im Hinblick auf ein bereits fest bestimmtes Hochschulstudium.

Was die Aenderung von Auswahlregelungen im Rahmen des Numerus clausus betrifft, so ist die Interessenlage mit jener vergleichbar, wie sie sich bei der Einführung neuer qualitativer Zulassungsschranken präsentiert⁽²³⁹⁾. Das Deutsche Bundesverfassungsgericht hatte sich im zweiten grossen Numerus-clausus-Urteil mit einem entsprechenden Problem zu befassen⁽²⁴⁰⁾.

Gemäss der sogenannten Parkstudienklausel des Hochschulrahmengesetzes⁽²⁴¹⁾ sollten ab dessen Inkrafttreten im Wintersemester 1977/78 Wartezeiten, die in einem Auswahlstudium zugebracht wurden, bei der Wartezeitzulassung zum Wunschstudium keine Berücksichtigung mehr finden.

Das Bundesverfassungsgericht betrachtete diese Regelung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes für jene sogenannten Parkstudenten als unzulässig, die das Ausweichstudium vor dem ersten Gesetzesbeschluss 1974, der die Parkstudienklausel enthielt, begonnen hatten ("Altparker"). Sie taten dies damals im Vertrauen auf die Anrechenbarkeit der Parkstudienzeit und würden sich bei Inkrafttreten der Parkstudienklausel, 1977, in einem fortgeschrittenen Stadium des Ausweichstudiums befinden. Die Parkstudienregelung hatte zur Folge, dass die Weiterführung des Ausweichstudiums faktisch zur Beseitigung

236 Darauf wurde in der nationalrätlichen Diskussion zur Aenderung des vierten Beitragsbeschlusses nach dem HFG wiederholt hingewiesen (vgl. StenBull. NR 1982, S. 1035 (Schnyder), S. 1046 (Scherrer), S. 1047 (Hösli) u. S. 1052 (der damalige Bundesrat Hürlimann)).

237 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/A.

238 Vgl. § 7 u. § 8 IHV.

239 Siehe dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/D.

240 BVerfGE 43, 291ff., 388ff. E. D/ III.

241 § 32 Abs. 3 Nr. 2 Satz 7 in Verbindung mit § 72 Abs. 2 des Deutschen Hochschulrahmengesetzes vom 26. Jan. 1976 (Deutsches Bundesgesetzblatt 1976 I 185ff.).

der Chance führte, nach dem Wartezeitkriterium zum Wunschstudium zugelassen zu werden. Andererseits bestand dafür aber auch keine Garantie, für den Fall, dass das Parkstudium abgebrochen wurde, dies umso weniger, als die Wartezeitzulassung in den besonders überlasteten Numerus-clausus-Fächern nur noch für eine Uebergangszeit gelten sollte. Durch die Unterstellung der "Altparker" unter die Parkstudienklausel war zudem kein erheblicher Gewinn an Ausbildungskapazitäten zu erwarten, da allfällige Abgänge aus den Ausweichstudien gängen zwangsläufig höhere Semester betrafen. Aus diesen Gründen überwogen die Interessen der "Altparker" an der Nichtunterstellung unter die neue Regelung.

II. Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege

A) Altersheime

Dass das Platzangebot der öffentlichen und privaten Alters- und Pflegeheime vielerorts nicht ausreicht, ist bekannt. Die vollständige Auslastung entsprechender Einrichtungen des Gemeinwesens stellt den Normalfall dar.

Die Grenze der Aufnahmefähigkeit ergibt sich aus der Zahl der verfügbaren Zimmer und der vorgesehenen Art ihrer Belegung. Allerdings ist für die Kapazitätsauslastung ein dem jeweiligen Betreuungsaufwand entsprechender Personalbestand vorausgesetzt. Diesbezügliche Einsparungen verbunden mit einer Verminderung des Platzangebotes dürften unzulässig sein, wenn im - über das Trägergemeinwesen hinaus erweiterten - Einzugsgebiet der Einrichtung bereits eine Mangelsituation besteht. Dann überwiegt das - durch die persönliche Freiheit geschützte -(242) Interesse an der vollständigen Ausschöpfung der verfügbaren räumlichen Kapazitäten. Dagegen handelt es sich bei der baulichen Erweiterung vorhandener oder der Erstellung neuer Heime um Vorkehren, über die nicht im judiziellen Verfahren entschieden werden kann(243).

In bezug auf die Verteilung der verfügbaren Heimplätze ist auf die bereits früher erwähnten²⁴⁴⁾ Zulassungsordnungen zurückzukommen, welche die Heimaufnahme vom Wohnsitz in der Trägergemeinde abhängig

242 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/b.

243 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/F.

244 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/II/B.

machen²⁴⁵⁾. Die Einwohnerbevorzugung ist anlässlich einer notwendigen Bewerberauswahl grundsätzlich zulässig, wobei der Rahmen durch die Bedeutung der vermittelten Leistung und den Abhängigkeitsgrad auswärtiger Bewerber von der betreffenden Einrichtung abgesteckt wird²⁴⁶⁾. Zu den allgemeinen Aspekten der Dimensionierung von Leistungseinrichtungen entsprechend der Nachfrage der Einwohnerschaft und des - nicht zu stark zu gewichtenden - steuerlichen Beitrages der Einheimischen an die Haushaltslasten tritt bei Alters- und Alterspflegeheimen ein spezifischer Gesichtspunkt dazu: Der häufig nicht leicht fallende Heimeintritt kann wesentlich besser verkraftet werden, wenn dem Insassen die gewohnte Umgebung erhalten bleibt. Es besteht deshalb ein besonders schützenswertes Interesse an einem Heimplatz am bisherigen Wohnort²⁴⁷⁾. Dieses rechtfertigt es, den Einheimischen auf Kosten auswärtiger Bewerber grösstmögliche Zulassungschancen zu erhalten. Als eigentliche Zulassungsvoraussetzung darf der Wohnsitz im Trärgemeinwesen aber nur statuiert werden, wenn das Heimplatzangebot durch die Einwohner tatsächlich ausgelastet wird. Andernfalls ist die grundsätzliche Nichtzulassung Auswärtiger zur Erreichung des gesetzten Zieles nicht mehr erforderlich. Mit der fehlenden Steuerpflicht in der Gemeinde allein lässt sich eine Abweisung nicht begründen.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich zwangsläufig die Zulässigkeit von Einwohnerprivilegierungen, die darauf beschränkt sind, dass im Falle der Erschöpfung des Platzangebotes einheimische Bewerber

245 Siehe Art. 2 der stadtzürcherischen Heimordnung für die Altersheime und Alterswohnheime des Sozialamtes vom 13. Dez. 1960 (BS I, 703):

Abs. 1: "Anspruch auf Unterkunft haben Betagte mit zivilrechtlichem Wohnsitz in der Stadt Zürich,"

Abs. 3: "Die Aufnahme von Betagten mit zivilrechtlichem Wohnsitz in einer anderen Gemeinde darf nur ausnahmsweise beim Vorliegen besonderer Gründe mit Zustimmung des Vorstandes des Sozialamtes erfolgen."

246 Vgl. dazu vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/cc.

247 Siehe Ziff. 51 der Richtlinien der bernischen Fürsorgedirektion für die Aufnahme von Betagten in öffentlichen Altersheimen: "Die Altersheimplanung verfolgt das Ziel, jede Gemeinde des Kantons planerisch einem öffentlichen Altersheim zuzuteilen, Diese Zielsetzung bietet Gewähr, dass..... der Betagte in der Nähe seiner gewohnten Umgebung verbleiben kann."

ber bevorzugt werden, ohne dass die Aufnahme auswärtiger Anwärter ausgeschlossen wird²⁴⁸⁾.

In gewissen Zulassungsordnungen ist das Gemeindebürgerrecht als Auswahlkriterium aufgeführt²⁴⁹⁾. Soweit es um Heime der Einwohnergemeinde geht, ist die Privilegierung der Gemeindebürger m.E. nicht zulässig²⁵⁰⁾. Für den Kreis der in der Gemeinde ansässigen Personen ist Art. 43 Abs. 4 Satz 1 BV zu beachten, welcher den niedergelassenen Schweizer Bürgern die gleichen Rechte garantiert, wie sie der Gemeindebürger geniesst. Für die Bevorzugung des auswärtigen Gemeindebürgers gegenüber anderen auswärts wohnhaften Personen fehlt es an einem sachlichen Grund. Die Institutionen der Gemeinde sind nicht auf die Bedürfnisse auswärtiger Bürger ausgerichtet. Auch tragen diese ebensowenig in besonderer Weise zu den Aufwendungen bei, wie andere nicht ansässige Bewerber. In der Mehrzahl der Fälle weist der auswärts wohnhafte Gemeindebürger zu seiner Heimatgemeinde keine näheren Beziehungen auf. Diese Gründe haben denn auch dazu geführt, dass man im Fürsorgewesen vom Heimat- zum Wohnsitzprinzip übergegangen ist.

Wird das Heim von der Bürgergemeinde beziehungsweise vom Tagwen getragen²⁵¹⁾, so ist Art. 43 Abs. 4 Satz 2 BV heranzuziehen. Gemäss dieser Vorschrift ist der Mitanteil an Bürger- und Korporationsgütern unter Vorbehalt anderslautender kantonaler Gesetzgebung vom Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen niedergelassenen Schweizer Bürgern und ansässigen Gemeindebürgern ausgenommen. Bürger- und Korporationsgüter sind solche, die der besonderen Korporation der Bürger gehören und nicht der durch alle Gemeindewohner gebildeten

248 Vgl. Art. 6 Abs. 3 der Statuten des Pfrundhauses Glarus vom 27. Nov. 1981: "Anspruch auf Aufnahme haben in erster Linie..... Einwohner der Gemeinde Glarus. Wenn es die Platzverhältnisse gestatten, können auch Auswärtige aufgenommen werden."; Art. 2 Abs. 1 u. Abs. 3 der zürcherischen Heimordnung (oben, Fn. 245) lassen eine Anwendung in diesem Sinne ebenfalls zu.

249 So geniessen beispw. gemäss dem oben, Fn. 248, zitierten Art. 6 Abs. 3 der Statuten des Pfrundhauses Glarus neben den Gemeindewohnern auch die Gemeindebürger bevorzugten Zugang.

250 Vgl. zum Folgenden die Ausführungen vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/eee.

251 Dies ist beim oben, Fn. 249, als Beispiel angegebenen Pfrundhaus Glarus der Fall.

Körperschaft²⁵²⁾. Die Bevorzugung der Bürger beim Zugang zu Einrichtungen der Bürgergemeinde stellt eine Sonderform des Bürgernutzens dar²⁵³⁾, der ursprünglich aus Nutzungsrechten an Alpen, Weiden und Wäldern bestand und heute teilweise in Form der Auszahlung geringer Barbeträge überlebt²⁵⁴⁾.

Ganz allgemein ist die Berechtigung des Bürgernutzens in der heutigen Zeit in Frage gestellt²⁵⁵⁾. Unter dem Regime von Art. 43 Abs. 4 Satz 2 bleibt er jedoch vom Bundesverfassungsrecht her zulässig. Dies gilt zumindest insoweit, als den besonderen Rechten der Gemeindebürger gewisse Verpflichtungen als Korrelat gegenüberstehen, wie dies in der ursprünglichen Idee des Bürgeranteils zum Ausdruck kommt. Den Nutzungsrechten an Alpen, Weiden und Wäldern entspricht die gemeinsame Besorgung dieser Güter durch die Bürger²⁵⁶⁾. Entsprechend sollte die Bevorzugung beim Zugang zu Bürgeraltersheimen mit einer Mitverantwortung bei der Verwaltung derselben verbunden sein. In den Genuss der Privilegien kommen dann nur jene Bürger, welche die entsprechenden Pflichten auch sinnvoll wahrnehmen können. Dies sind vorab die in der Heimatgemeinde Ansässigen²⁵⁷⁾. Art. 43 Abs. 4 BV rechtfertigt deshalb m.E. auch bei Bürgeraltersheimen nicht eine un-differenzierte Bevorzugung der Gemeindebürger unabhängig von ihrem Wohnort.

Neben den auf die Zugehörigkeit zur Trägergemeinde abstellenden Kriterien werden für die weitere Auswahl verschiedene Gesichtspunkte herangezogen: Teilweise ist primär der Zeitpunkt der Anmeldung massgebend. Um vorsorgliche Eintragungen in die Warteliste ohne konkrete Eintrittsabsicht zu verhindern, werden Bewerber hinten angestellt, welche mehrmals von der Wartezeitulassung nicht Gebrauch gemacht haben²⁵⁸⁾. Andere Regelungen stellen auf die wirtschaftliche Situa-

252 Burckhardt, S. 376.

253 Vgl. Schmid, S. 214; Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV, Bericht, Bern 1977, S. 103.

254 Zur heutigen Bedeutung des Bürgernutzens siehe Buchmann, S. 86ff.; Schmid, S. 208ff.; Visini, S. 41f.

255 Vgl. Buchmann, S. 86ff.; Schmid, S. 216ff.; dennoch wird im Entwurf 1977 für eine Totalrevision der BV an der Möglichkeit festgehalten, für Gemeindebürger besondere Rechte und Pflichten vorzusehen (Art. 41 Abs. 3 VE BV; vgl. dazu den oben, Fn. 253, zitierten Bericht der Expertenkommission, S. 103).

256 Vgl. Buchmann, S. 86ff., insbes. S. 88: Barnutzen als "unverdientes Geldgeschenk".

257 In der Regel ist denn auch der Kreis der am Bürgernutzen Berechtigten auf diese Bürger begrenzt (vgl. Schmid, S. 195f. betr. die st. gallischen Ortsgemeinden).

258 So ist beispw. die Praxis beim Pfrundhaus Glarus.

tion der Anwärter²⁵⁹⁾ oder auf die Dringlichkeit des Aufnahmebedürfnisses ganz allgemein²⁶⁰⁾ ab.

Die Berücksichtigung der sozialen Lage der Bewerber erscheint gegenüber der reinen Wartezeitaufnahme als sachgerechter. Wie weit allerdings eine Bevorzugung der sozial Schwächeren gehen darf, hängt davon ab, ob für besser gestellte Heimplatzanwärter am betreffenden Ort Ausweichangebote anderer (öffentlicher oder privater) Institutionen vorhanden sind.

Deshalb bestehen in städtischen Verhältnissen mit einem vielfältigen Heimgangebot grössere Gestaltungsmöglichkeiten als in einer kleinen Gemeinde.

Auch die Zulassung aufgrund von Wartelisten bleibt durchaus im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen, soweit ein Abweichen in Härtefällen nicht ausgeschlossen ist.

B) Spitäler

Die kapazitätsbedingte Verweigerung von Spitalleistungen ist bei Notfällen - von eigentlichen Ausnahmesituationen wie Krieg, Naturkatastrophen und dergleichen abgesehen - nicht denkbar²⁶¹⁾. Dies gilt jedenfalls, soweit es um Behandlungen geht, die im Rahmen des jeweiligen Standards medizinischer Versorgung liegen.

Reichen die räumlichen, sachlichen oder personellen Kapazitäten eines Krankenhauses nicht aus, so sind die erforderlichen Vorkehren zur Ueberführung des Notfallpatienten in ein anderes Spital zu treffen²⁶²⁾. Der Gedanke eines eigentlichen Behandlungsanspruches von

259 Art. 2 Abs. 1 u. 2 der stadtzürcherischen Heimordnung für die Altersheime und Alterswohnheim des Sozialamtes vom 13. Dez. 1960 (BS I, 703).

260 Vgl. Ziff. 54 der Richtlinien der bernischen Fürsorgedirektion für die Aufnahme von Betagten in öffentliche Altersheime: "Frühzeitige Anmeldung oder das Anmeldedatum an sich begründen noch keinen Anspruch auf einen Heimplatz. Die Aufnahme hat in erster Linie nach der Dringlichkeit des Bedürfnisses zu erfolgen.....
...".

261 Vgl. Keller, S. 84f.

262 Keller, S. 85.

Notfallpatienten kommt in kantonalen Bestimmungen über die Spitalaufnahme zum Ausdruck²⁶³⁾.

Die Aufnahme für aufschiebbare Behandlungen kann Beschränkungen unterliegen, die in der begrenzten Leistungsfähigkeit des Spitals begründet sind.

Auch bei Spitälern fixieren - in Normalzeiten - räumlich-technische Gegebenheiten die Grenze der Aufnahmefähigkeit. Innerhalb des durch diese gezogenen Rahmens stellt der Personalbestand einen sehr wesentlichen Faktor für die effektive Leistungsfähigkeit dar. Gegenwärtig besteht vielerorts eher ein Ueberangebot an Spitalplätzen.

Die Auswirkungen solcher Aufnahmebeschränkungen sind insofern gemildert, als es nicht um die endgültige Abweisung von Patienten geht, sondern Wartezeiten auferlegt werden. Dies gilt jedenfalls für die Einwohner des jeweiligen Trärgemeinwesens, welche gemäss den Zulassungsbestimmungen regelmässig vorrangig aufgenommen werden²⁶⁴⁾. Gegen diese Regelung ist grundsätzlich nichts einzuwenden²⁶⁵⁾, solange die Bevorzugung nicht undifferenziert erfolgt, sondern Raum für die Berücksichtigung anderer wesentlicher Kriterien offen bleibt. Namentlich dürften innerhalb des Bereiches aufschiebbarer Behandlungen weitere Dringlichkeitsstufen zu beachten sein. Bei Bewerbern ohne Wohnsitz in der Schweiz wird von Bedeutung sein, ob diese an ihrem Herkunftsort mit der erforderlichen medizinischen Versorgung rechnen können.

263 Siehe z.B. § 12 des basellandschaftlichen Spitalgesetzes vom 24. Juni 1976 (GS BL Band VII/Nr. 930): "Notfälle dürfen nicht abgewiesen werden."; Art. 1 Abs. 3 der glarnerischen Vo über die Organisation des Kantonsspitals vom 26. Apr. 1978 (GS GL VIII/A/211/1): "Patienten, die aus medizinischen Gründen sofort hospitalisiert werden müssen, finden ungeachtet ihrer Herkunft jederzeit Aufnahme.".

264 Siehe § 11 Abs. 1 des oben, Fn. 263, zitierten basellandschaftlichen Spitalgesetzes: "In erster Linie sind Kantonseinwohner aufzunehmen."; Art. 1 Abs. 2 der oben, Fn. 263, zitierten glarnerischen Vo über die Organisation des Kantonsspitals: "Im Kantonsspital finden in erster Linie Kantonseinwohner Aufnahme.".

265 Zur allgemeinen Rechtfertigung der Einwohnerprivilegierung beim Zugang zu öffentlichen Leistungseinrichtungen siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/cc.

Das kantonalgenferische Gesetz über die öffentlichen medizinischen Einrichtungen sieht vor, dass - unter Vorbehalt dringlicher Behandlungen - nur Kantonseinwohner und -bürger in die allgemeinen Abteilungen der Spitäler aufgenommen werden, wobei in der Ausführungsgesetzgebung Ausnahmen vorgesehen werden können(266). Zunächst ist die vorgesehene Bevorzugung der auswärtigen Kantonsbürger gegenüber den übrigen Schweizer Bürgern ohne Wohnsitz im Kanton Genf nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung mit Art. 60 BV nicht vereinbar(267). Soweit sodann die Vorschrift bezweckt, das kantonale Spitalpflegeangebot den Einwohnern uneingeschränkt offen zu halten, ist zu beachten, dass dazu der Ausschluss Auswärtiger nur bei permanenter Auslastung der Kapazitäten durch die Nachfrage der Einheimischen notwendig ist(268). Die Zielsetzung als solche ist - zieht man die damit verbundenen Konsequenzen für nicht im Kanton wohnhafte Aufnahmebewerber in Betracht - nur bei wirklich nicht dringlichen Behandlungen haltbar. Da die Nichtzulassung Auswärtiger nur für die allgemeinen Abteilungen gilt, dürften auch haushaltspolitische Ueberlegungen eine Rolle spielen. Diese allein rechtfertigten die Anwendung der fraglichen Vorschrift jedenfalls dann nicht, wenn im über die Kantonsgrenze hinaus erweiterten Einzugsgebiet der genferischen Einrichtungen ein Mangel an Spitalplätzen bestünde.

Verteilungsprobleme könnten sich bei neuartigen medizinischen Techniken ergeben, deren allgemeine Anwendung zu finanziell kaum verkraftbaren Aufwendungen führen müsste. Von Wartburg verweist in diesem Zusammenhang auf die Entwicklung eines künstlichen Herzens²⁶⁹⁾. Ähnlich verhält sich die Lage bereits heute bei der Transplantation von menschlichen Geweben und Organen, wenn die Zahl potentieller Empfänger grösser ist als jene der verfügbaren Transplantate²⁷⁰⁾.

266 Art. 15 des genferischen Gesetzes "sur les établissements publics médicaux" vom 19. Sept. 1980 (GS GE VII/K/2/1).

267 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/eee.

268 Vgl. vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/A betr. entsprechende Regelungen beim Zugang zu kommunalen Altersheimen.

269 von Wartburg, S. 49f.

270 Aktuell ist das Problem gegenwärtig vor allem bei Nierentransplantationen (vgl. Carstens, S. 174f.) und bei der Uebertragung menschlicher Haut (vgl. Kübler Heidrun, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, Schriften zum Oeffentlichen Recht, Band 327, Berlin 1977, S. 29 Anm. 50). Auf eine Nierentransplantation warten gegenwärtig in Europa über 14'000 Menschen. Die letztes Jahr erfolgten 5'000 Verpflanzungen sind also bei weitem zuwenig - und von den im letzten Jahr verstorbenen 7'000 Dialyse-Patienten hätten viele durch eine Nierentransplantation gerettet werden können. Das Problem wird noch durch eine rapide Zunahme der Dialyse-Patienten akzentuiert ("NZZ" vom 25. Nov. 1983, S. 34).

Eine zusätzliche Schwierigkeit besteht hier darin, dass die Problematik durch eine Prioritätsverschiebung bei den Haushaltsausgaben nicht beseitigt werden kann²⁷¹⁾. Der Staat ist vielmehr gehalten, im Interesse des Schutzes menschlichen Lebens und menschlicher Gesundheit die Transplantatentnahme zu fördern, ohne indessen die Persönlichkeitsrechte der lebenden oder verstorbenen Spender sowie der Angehörigen zu verletzen.

Es handelt sich hierbei, insbesondere was die Organentnahme von toten Spendern betrifft, um schwierigste Abwägungen zwischen entgegengesetzten Rechtsgütern, die unter dem Schutz desselben verfassungsmässigen Rechtes, nämlich der persönlichen Freiheit, stehen⁽²⁷²⁾. Das Grundrecht legt den Rahmen denkbarer Ordnungen fest, ohne für jedes Wertungsproblem eine einzig richtige Lösung zu statuieren⁽²⁷³⁾. Das Bundesgericht hat die Regelung für verfassungsmässig erklärt, wonach einem verstorbenen Patienten Gewebstücke oder Organe entnommen werden dürfen, wenn es zur Rettung oder Behandlung eines Patienten unerlässlich ist und sofern nicht der Verstorbene oder seine nächsten Angehörigen Einspruch erhoben haben⁽²⁷⁴⁾.

271 Kübler, a.a.O., Fn. 270, S. 87f.

272 Siehe dazu für die schweizerische Rechtslage Müller Jörg Paul, Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, in: ZSR N.F. 80/1971 I, S. 457ff.; Hinderling H., Die Organtransplantation in der heutigen Sicht des Juristen, in: SJZ 75/1979, S. 37ff.; im allgemeinen: Carstens sowie Kübler, zit. oben, Fn. 270.

273 Dass sich aus den Grundrechten gerade für derart schwierige Wertungsfragen nicht einzig richtige Lösungen ableiten lassen, wurde bereits früher erörtert (siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/B/2). Nach der Auffassung von Gross geht der absolute Anspruch auf Lebenserhaltung des potentiellen Organempfängers auf jeden Fall dem Recht des potentiellen Organspenders auf Verfügung über seinen Körper nach dem Tode und dem Persönlichkeitsrecht der Angehörigen vor (Gross, S., 158f. m.w.H.). Verschiedene kantonale sowie ausländische Regelungen gehen offenbar nicht von dieser Betrachtungsweise aus, sehen sie doch die Organentnahme entgegen dem ausdrücklichen Willen des Verstorbenen oder seiner nächsten Angehörigen nicht vor (vgl. z.B. Art. 35 Abs. 3 des st. gallischen Gesundheitsgesetzes vom 28. Juni 1979 (GS SG 311.1); § 12 Abs. 2 des baselstädtischen Gesundheitsgesetzes vom 26. März 1981 (GS BS 330.100); zu den ausländischen Regelungen siehe Carstens, S. 104ff.).

274 BGE 98 Ia 520ff. E. 8; zur Würdigung der Organentnahme ohne Einholung der ausdrücklichen Einwilligung der Angehörigen des verstorbenen Spenders unter dem Gesichtspunkt des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (vor Inkrafttreten der oben genannten öffentlichrechtlichen Regelung) siehe BGE 101 II 177ff.

Ebenfalls äusserst diffizil ist die Frage nach der Auswahl unter den potentiellen Transplantatempfängern.

Die Auswahl von Nierenempfängern richtet sich am Universitätsspital Zürich(275) grundsätzlich nach rein immunologischen Kriterien. Sowohl beim potentiellen Empfänger als auch bei den zur Verfügung stehenden Nieren werden die Gewebeverträglichkeitsfaktoren bestimmt. Derjenige Patient erhält die Niere, bei dem aufgrund der Blutgruppenverträglichkeit, Antikörpersituation und Gewebeverträglichkeitstestung die besten Aussichten auf einen Langzeiterfolg der Transplantation bestehen. Der Austausch der diesbezüglichen Informationen wird durch nationale und internationale Vermittlungszentren ermöglicht. So versorgt beispielsweise das in den Niederlanden gelegene Zentrum "Eurotransplant" die Niederlande, die BRD, Österreich, die Schweiz, Italien und Belgien mit Nieren(276). Die Schweiz verfügt in Genf auch über ein eigenes Zentrum ("Swisstransplant")(277).

Zur Bestimmung der Reihenfolge, nach welcher im Falle der Verfügbarkeit einer Niere die Wartelisten der verschiedenen Zentren abgerufen werden, bedarf es nun offenbar zusätzlicher Kriterien: Gemäss der Transplantations-Vorschrift Nr. 8 der Chirurgischen Klinik A des Universitätsspitals Zürich über Empfänger Auswahl und Nierenversand besteht folgende Reihenfolge der zu berücksichtigenden Listen:

1. Zürcher Patienten der Swisstransplant-Liste, exklusive Ausländer.
2. Patienten der übrigen Swisstransplant-Zentren, wiederum exklusive Ausländer.
3. European High Urgency List (Anhang zur Swisstransplant-Liste).
4. Ausländer auf der Zürcher Liste.
5. Eurotransplant und Francetransplant.

Diese Prioritätsordnung weckt erhebliche Bedenken. Menschliche Gesundheit und menschliches Leben stehen unter besonderem Schutz der jedem Individuum zustehenden(278) persönlichen Freiheit(279). Ob über die Erhaltung dieser Güter - selbst innerhalb des Kreises der in der Schweiz lebenden Personen - der Wohnsitz und das Staatsbürgerrecht entscheiden dürfen, wie dies in der obigen Regelung offenbar vorgesehen ist, erscheint sehr zweifelhaft. Freilich ist einzuräumen, dass es für das hier zur Diskussion stehende Verteilungsproblem eine befriedigende Lösung schlechthin nicht gibt. Zu belastend wirkt hier die bekannte Tatsache, dass der eine nichts, der andere aber alles erhält(280). Immerhin erscheinen Gesichtspunkte wie die Dringlichkeit der Transplantation(281), die Wartezeit und das Alter des

275 Die folgenden Ausführungen entstammen hauptsächlich der Auskunft, die mir Prof. Dr. F. Largiadèr vom Universitätsspital Zürich freundlicherweise zukommen liess.

276 Carstens, S. 174.

277 Carstens, S. 174, Anm. 5.

278 BGE 98 Ia 99 E. 1.

279 Vgl. BGE 98 Ia 514 E. 4a; Keller, S. 78ff.; von Wartburg, S. 38ff.

280 Vgl. BVerfGE 33, 333 im Zusammenhang mit dem Numerus clausus an Hochschulen.

281 Dass dies ein eigenständiges Kriterium ist, ergibt sich aus Ziff. 3 der obigen Transplantationsvorschrift.

Patienten gegenüber den obigen Kriterien als sachnäher. Dazu kommt auch, dass ein möglichst grossräumiges, grenzüberschreitendes Vermittlungssystem wohl die gerechtest mögliche Verteilung gewährleisten würde²⁸²). Es bedarf aber jedenfalls - wie bereits erwähnt - zusätzlicher Anstrengungen im Bereich der Regelung der Organentnahme, um die Auswahlproblematik zu entschärfen.

III. Erschliessungseinrichtungen

Auch bei anstaltlich genutzten öffentlichen Erschliessungsanlagen gibt es quantitative Schranken der Benützung. Diese beruhen insbesondere auf der Tatsache, dass Erschliessungseinrichtungen für bestimmte Einzugsgebiete dimensioniert werden. Durch das Raumplanungs- und das Wohnbauförderungsgesetz sowie durch kantonale Vorschriften werden die Erschliessungsträger angehalten, bestehende Anlagen zu erweitern beziehungsweise neue zu schaffen, um unerschlossenes Land in der Bauzone überbaubar zu machen. Die Frage der Kapazitätserweiterungspflicht ist mithin auf Gesetzesstufe grundsätzlich entschieden. In dieser Beziehung nimmt das Erschliessungswesen gegenüber anderen Wirkungsbereichen öffentlicher Leistungseinrichtungen eine gewisse Sonderstellung ein.

Zu erörtern sind im folgenden die Zulässigkeit von quantitativen Anschlussschranken gegenüber bestehenden Erschliessungseinrichtungen sowie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erfüllung der Pflicht, die zur Erschliessung von Land in der Bauzone erforderlichen Anlagen zu erstellen.

²⁸² Vgl. Carstens, S. 174f.

A) Beschränkungen des Anschlusses

Die Praxis hatte sich verschiedentlich mit der Verweigerung des Anschlusses von gemäss der Zonenzuteilung grundsätzlich überbaubaren Grundstücken zu befassen: Das Bundesgericht hat in den Sechziger-Jahren eine Vorschrift für verfassungsmässig erklärt, welche die Versorgung von Grundstücken im "übrigen Gemeindegebiet" mit Strom und Wasser untersagte, um so die betreffenden Eigentümer vom - nicht grundsätzlich verbotenen - Bauen abzuhalten²⁸³⁾. Im gleichen Jahr hat es eine Beschwerde gegen die kapazitätsbedingte Ablehnung des Anschlusses an die Abwasserkanalisation einer ausserhalb des Kanalisationsperimeters gelegenen Landparzelle, deren Ueberbauung nach damaligem Recht nicht schlechthin untersagt war, abgewiesen²⁸⁴⁾. Das Berner Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die von ihm angenommene Wasserlieferungspflicht der Gemeinde gegenüber Grundstücken in der Bauzone im Falle einer echten Wassernot entfalle²⁸⁵⁾. Ein Sonderfall kapazitätsbedingter Anschlussverweigerung liegt vor, wenn die Zuführung von Abwässern eines innerhalb des Kanalisationsperimeters gelegenen Grundstücks deshalb nicht bewilligt wird, weil das geplante Bauvorhaben Abwassermengen mit sich brächte, die weit über den Berechnungsgrundlagen liegen, von welchen bei der Dimensionierung der Kanalisationslagen ausgegangen wurde²⁸⁶⁾. Schliesslich ist ebenfalls die Frage nach den Grenzen der Leistungsfähigkeit von Erschliessungsanlagen gestellt, wenn es darum geht, auf welche Belastung durch aussergewöhnliche Regenfälle hin die Kanalisationsausmasse zu konzipieren sind²⁸⁷⁾.

Die genannten Beispiele zeigen, dass die Frage quantitativer Anschlussbeschränkungen vornehmlich bei der Wasserver- und entsorgung

283 BGE 92 I 376f. E. 4.

284 BGE 92 I 509ff. E. 2; siehe auch Entscheid des Berner Verwaltungsgerichts vom 21. Dez. 1965, in: MBVR 1966 Nr. 104, S. 326ff., betreffend kapazitätsbedingte Ablehnung des Anschlusses eines ausserhalb der Bauzone gelegenen Grundstücks.

285 Entscheide des Berner Verwaltungsgerichts vom 18. Dez. 1972, in: MBVR 1974 Nr. 27, S. 101ff. und vom 8. Mai 1972, in: MBVR 1973 Nr. 40, S. 239ff.

286 Dazu BGE 100 Ib 208ff.

287 Dazu AGVE 1979, S. 198ff.

aktuell werden kann²⁸⁸⁾. Dies hängt mit den je nach Region begrenzten Möglichkeiten der Wasserfassung²⁸⁹⁾ sowie der beschränkten Kapazität jeder Kanalisationsanlage²⁹⁰⁾ zusammen.

Die Erschliessung stellt eine Bauvoraussetzung dar. Für deren Realisierung ist der Grundeigentümer, was die Ver- und Entsorgung betrifft, mehrheitlich auf die Leistungen öffentlicher Anlagen angewiesen, da rechtliche und faktische Benutzungszwänge bestehen²⁹¹⁾. Dies ist bei der Beurteilung von Anschlussbeschränkungen zu berücksichtigen.

Unter dem Regime des geltenden Raumplanungsrechts, welches mittels der Nutzungsplanung Baugebiet von grundsätzlich nicht überbaubarem Land abgrenzt, ist es nicht mehr zulässig, die Anschlussverweigerung primär zur Verfolgung raumplanerischer Zwecke einzusetzen. Die Interessen der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes sind durch Massnahmen der Nutzungsplanung wahrzunehmen. Deren Funktion darf nicht dem Erschliessungswesen übertragen werden²⁹²⁾. Ebenso sollte nicht die Dimensionierung der Erschliessungsanlagen den Grad der baulichen Nutzung eines Gebietes bestimmen, sondern umgekehrt die Nutzungsplanung die Ausmasse der Erschliessungseinrichtungen²⁹³⁾.

Eine Anschlussbegrenzung dürfte bei der heutigen Rechtslage vorab im Zusammenhang mit Erschliessungsetappierungen²⁹⁴⁾ zur Diskussion stehen. Es kommt vor, dass Eigentümer von Grundstücken, welche einer späteren Etappe zugewiesen sind, auf eigene Kosten Anschlüsse an die

288 Siehe aber auch Art. 1 Ziff. 1 des Reglementes über die Abgabe elektrischer Energie durch das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) vom 10. Nov. 1971 (BS II, 617): "Das EWZ liefert im Bereich und im Rahmen der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit seiner Verteilungsanlagen elektrische Energie....."; vgl. auch Entscheid des Zürcher Regierungsrates vom 18. Nov. 1965, in: ZBl 69/1968, S. 389ff.

289 Siehe den oben, Fn. 285, zitierten Entscheid in MBVR 1974 Nr. 27, S. 104f. E. 6.

290 Vgl. BGE 100 Ib 210f. E. 2b, 92 I 510ff. E. 2b; AGVE 1979, S. 202 E. 3a.

291 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/c.

292 EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 7 zu Art. 19, S. 242; Martin, S. XXVII f.

293 Siehe BGE 100 Ib 211 E. 2c am Ende.

294 Dazu BGE 104 Ia 140 E. 4a sowie hinten, unter Kap. 3/§ 3/III/B.

Anlagen eines erschlossenen Gebietes erstellen möchten. Die betreffenden Grundeigentümer haben gute Aussichten, dass die Erschliessung ihrer Etappe früher oder später in Angriff genommen wird. Auch verbleibt die - freilich nur mit hohen Investitionen realisierbare - Möglichkeit der Privaterschliessung unabhängig von bestehenden öffentlichen Anlagen²⁹⁵⁾. Es steht somit grundsätzlich nicht die Ueberbauungsbefugnis schlechthin, sondern nur der Zeitpunkt ihrer Realisierung auf dem Spiel. Dennoch muss eine Ablehnung des Anschlusses natürlich sachlich begründet sein. Im Vordergrund steht das Motiv der begrenzten Leistungsfähigkeit²⁹⁶⁾. Die Anlagen sind auf den Bedarf jener Etappe dimensioniert, für die sie geschaffen wurden²⁹⁷⁾. Es ist zu prüfen, ob durch die Bewilligung von Anschlüssen an Grundstücke ausserhalb des betreffenden Gebietes die Zweckerfüllung der Einrichtung dadurch in Frage gestellt wird, dass die Erschliessung des Landes innerhalb der Etappe nicht mehr gesichert erscheint. Dabei ist zu berücksichtigen, ob im Anschluss an eine Bewilligungserteilung mit weiteren entsprechenden Gesuchen zu rechnen ist, welche dann aus Gründen der Gleichbehandlung nicht ohne weiteres abgelehnt werden könnten²⁹⁸⁾. Daneben dürfte eine Rolle spielen, ob und wann mit der systematischen Erschliessung des Landes der Gesuchsteller zu rechnen ist.

Wenig Spielraum besteht für eine Umverteilung der vorhandenen Kapazitäten in dem Sinne, dass zusätzliche Grundstücke auf Kosten des zugestandenen Nutzungsgrades angeschlossen werden können⁽²⁹⁹⁾. Die

295 Vgl. Art. 19 Abs. 3 RPG sowie dazu EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 44 zu Art. 19 Abs. 3, S. 258. Wenn das kantonale Recht diese reine Privaterschliessung zulässt, so hat es zu bestimmen, ob die Grundeigentümer Erschliessungsanlagen nach genehmigten Plänen in eigener Regie erstellen sollen oder gegen Bezahlung das Gemeinwesen damit beauftragen können.

296 Vgl. Martin, S. 129.

297 Vgl. z.B. § 92 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes vom 7. Sept. 1975 (GS ZH 700.1): "Stufenweise für die jeweils massgebende Etappe,, sind die Dimensionierungen der Erschliessungsanlagen festzulegen.....".

298 Vgl. BGE 92 I 512 E. 2b; Entscheid des Berner Verwaltungsgerichts vom 8. Mai 1972, in: MBVR 1973 Nr. 40, S. 242 E. I/4.

299 In diese Richtung laufen Erwägungen des Berner Verwaltungsgerichts im Entscheid vom 18. Dez. 1972, in: MBVR 1974 Nr. 27, S. 105, wobei jedoch dort offenbar keine Erschliessungsetappierung vorlag.

Intensität der baulichen Nutzung, welche den Bedarf an Ver- und Entsorgungskapazitäten bestimmt, sollte durch die Nutzungsplanung festgelegt sein. Auch sind die Eigentümer von Grundstücken in- und ausserhalb der Erschliessungsetappe, was die Benützung der betreffenden Anlagen betrifft, nicht gleichberechtigt.

Keine Lösung stellt m.E. die Erteilung bedingter Anschlussbewilligungen dar, welche widerrufen werden können, wenn eine Kapazitätsüberlastung droht³⁰⁰). Es widerspräche dem Sinn des Erschliessungserfordernisses, wenn Bauten bewilligt würden, deren Anschluss an die Anlagen der Ver- und Entsorgung möglicherweise später rückgängig gemacht wird.

Die obigen Erörterungen gelten sinngemäss auch für den Fall, dass der Anschluss eines Grundstückes innerhalb des Kanalisationsperimeters nicht erlaubt wird, weil die geplante Ueberbauung eine höhere bauliche Ausnützung aufweist, als jene, von der bei der Dimensionierung der Anlage ausgegangen wurde³⁰¹).

Als weiterer Grund für die Ablehnung von Anschlüssen an Parzellen ausserhalb der Erschliessungsetappe wird die Gefahr genannt, dass im Bewilligungsfall das Erschliessungskonzept des Gemeinwesens in Frage gestellt werde³⁰²). Es ist somit auch abzuklären, ob durch den Anschluss einzelner Grundstücke aus Land, das einer späteren Erschliessungsetappe angehört, dessen systematische Erschliessung erheblich erschwert wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jegliche Privaterschliessung nach vom Gemeinwesen zu genehmigenden Plänen zu erfolgen hat³⁰³). Es besteht deshalb allenfalls die Möglichkeit, anstelle der Ablehnung eines Gesuches eine andere Art der Anschlussrealisierung anzuordnen, durch welche das Erschliessungskonzept der öffentlichen Hand nicht beeinträchtigt wird.

300 So aber Imboden/Rhinow, Nr. 140/B/II/b.

301 Hier ist ebenfalls die Wahrscheinlichkeit ähnlicher Gesuche im Anschluss an eine allfällige Bewilligungserteilung abzuklären (BGE 100 Ib 212 E. 3a).

302 So Aemisegger, S. 13f. betr. die Privaterschliessung schlechthin.

303 Art. 19 Abs. 3 RPG.

B) Erstellung beziehungsweise Erweiterung von Erschliessungseinrichtungen

Es geht in diesem Abschnitt um die Frage, ob und inwiefern Eigentümer von Land in der Bauzone verlangen können, dass der Staat die zur Erschliessung des eingezonten Landes erforderlichen Anlagen bereitstellt. Zu erörtern sind die diesbezügliche Tragweite der Eigentumsgarantie sowie der gesetzlichen Erschliessungspflichten nach dem Raumplanungs- und dem Wohnbauförderungsgesetz³⁰⁴⁾.

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, aus der Eigentumsgarantie liessen sich keine Ansprüche auf staatliche Erschliessungsleistungen ableiten³⁰⁵⁾. In der Lehre wird dieser Standpunkt mehrheitlich geteilt³⁰⁶⁾. Andere Autoren betonen, dass die Eigentumsgarantie die staatliche Erschliessungstätigkeit beeinflusse, ohne indessen einen Anspruch auf Erschliessung eines bestimmten Grundstückes zu einem bestimmten Zeitpunkt anzunehmen³⁰⁷⁾.

Auch die gesetzlichen Vorschriften über die Erschliessungspflicht werden zum überwiegenden Teil nicht als Grundlage klagbarer Leistungsansprüche gegenüber dem Gemeinwesen betrachtet³⁰⁸⁾. Die Botschaft zum RPG äussert sich nicht zur Frage der Durchsetzbarkeit der statuierten Erschliessungspflicht³⁰⁹⁾. Hingegen ist die Botschaft zum WEG eher im bejahenden Sinne zu verstehen³¹⁰⁾. Auch in der Literatur finden sich befürwortende Stellungnahmen³¹¹⁾.

304 Art. 19 Abs. 2 RPG, Art. 5 WEG.

305 Vgl. BGE 105 Ia 337 E. 3d, 92 I 376f. E. 4, 509f. E. 2; siehe auch (noch) nicht publizierte BGE vom 22. Sept. 1982 i.S. EG Aesch, S. 14 E. 3c und vom 5. Juli 1982 i.S. Gemeinde Disentis/Mustér, S. 6 E. 2b.

306 Siehe Aemisegger, S. 48; EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 42 zu Art. 19 Abs. 3, S. 256f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen; Müller G., Privateigentum, S. 92; Schürmann, Bau- und Planungsrecht, S. 92; Trachsel, S. 229ff.; Zimmerlin, N. 6 zu § 157/158, S. 451.

307 Vgl. Lendi, Planungsrecht, S. 148ff.; Martin, S. 131f.

308 Aemisegger, S. 48 m.w.H.; EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 20 zu Art. 19 Abs. 2, S. 248, N. 42 zu Art. 19 Abs. 3, S. 257.

309 Siehe BB1 1978 I 1027.

310 Es wird als Aufgabe der Kantone erklärt, ein entsprechendes Instrumentarium aufzustellen (BB1 1973 II 694).

311 Siehe Biland, S. 96ff.; Lendi, Grundfragen, S. 77f.

Zweifelloos lässt sich aus der Eigentumsgarantie nicht ableiten, dass jeder Eigentümer von Land in der Bauzone zu einem beliebigen Zeitpunkt die Vornahme von Erschliessungsvorkehren durch das Gemeinwesen erwirken kann³¹²⁾. Mit dieser Feststellung allein wird man jedoch dem engen Zusammenhang zwischen staatlicher Erschliessungstätigkeit und der Wahrnehmung der durch die Eigentumsgarantie geschützten Ueberbauungsbefugnis nicht gerecht³¹³⁾. Vielmehr prägt die Eigentumsgarantie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die öffentliche Erschliessungstätigkeit. Diese sind freilich in unterschiedlichem Masse justiziabel und haben dementsprechend unterschiedliche Entscheidungsinstanzen als primäre Adressaten.

Zunächst darf, wie bereits im Zusammenhang mit dem Anschluss an vorhandene Anlagen erwähnt, das Erschliessungswesen nicht die Funktion der Nutzungsplanung übernehmen. Es geht insbesondere nicht an, dass die Erschliessungsetappierung bloss zur Vermeidung allfälliger Entschädigungspflichten aus materieller Enteignung eingesetzt wird³¹⁴⁾.

Durch die Erschliessungsetappierung wird eine rationelle und systematische Erschliessungstätigkeit der öffentlichen Hand sichergestellt. Das Gemeinwesen konzentriert seine diesbezüglichen Aktivitäten auf einen bestimmten Teil des eingezonten Gebietes. In den übrigen Teilen darf zwar gebaut werden, doch haben die Grundeigentümer selber für die Erschliessung besorgt zu sein³¹⁵⁾. Nach der Aufassung von Lendi widerspricht es dem RPG, die Erschliessungsetappierung zur Meisterung des Problems zu gross ausgeschiedener Bauzonen einzusetzen. Etappiert werden kann seines Erachtens nur die "zeitgerechte" Erschliessung³¹⁶⁾.

Die Verhinderung der Streubauweise ist durch Massnahmen der Nutzungsplanung anzustreben. In Frage kommen namentlich Auszonungen³¹⁷⁾, die

312 Dies entspricht auch nicht der Auffassung jener Autoren, welche eine Beeinflussung der staatlichen Erschliessungstätigkeit durch die Eigentumsgarantie bejahen (vgl. Lendi, Planungsrecht, S. 150).

313 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/2 sowie Kap. 3/§ 1/III.

314 Aemisegger, S. 13; Lendi, Planungsrecht, S. 148f.

315 Art. 19 Abs. 3 RPG; vgl. zur Erschliessungsetappierung BGE 104 Ia 140 E. 4a; Aemisegger, S. 13f.

316 Lendi Martin, Die Funktion der Erschliessung in der Raumplanung und ihre rechtliche Bedeutung, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 539ff., S. 549f.

317 Dazu, sowie zur Frage einer daran anschliessenden Entschädigungspflicht wegen materieller Enteignung siehe Aemisegger, S. 8ff., 92ff.

Zuweisung von Grundstücken in Planungszonen gemäss Art. 27 RPG³¹⁸⁾ sowie Baugebietsetappierungen.

Die Baugebietsetappierung dient über die Zielsetzung der Erschliessungsetappierung hinaus dem Interesse einer geordneten Besiedlung des Landes. Die Zuordnung eines Grundstücks in eine später zu überbauende Etappe kommt einem befristeten Bauverbot gleich⁽³¹⁹⁾. Baugebietsetappierungen werden nach der Meinung von Lendi durch das RPG nicht ausgeschlossen⁽³²⁰⁾.

Auch sonst hat das Gemeinwesen bei Erfüllung der Erschliessungspflicht die grundrechtlichen Interessen der Landeigentümer in seine Abwägungen mit einzubeziehen. Dies gilt namentlich für Prioritätsentscheidungen bei etappenmässiger Erschliessung³²¹⁾. Die Sachgerechtigkeitsanforderungen ergeben sich aus der Eigentumsgarantie in Verbindung mit dem Rechtsgleichheitsgebot. Bedeutung erlangen kann namentlich auch der Vertrauensschutz. Es bedarf keiner näheren Erörterung, dass dem Gemeinwesen dennoch Spielräume der Gestaltung offen bleiben. Diese werden durch die gesetzlichen Bestimmungen des RPG und des WEG über die Erschliessungspflicht nicht beseitigt, aber in einen Rahmen gestellt. Es handelt sich bei diesen Vorschriften um Konkretisierungen der von der Verfassung aufgegebenen Abwägung zwischen den Anliegen der Baulandeigentümer einerseits und dem öffentlichen Interesse an einem gezielten und systematischen Einsatz der öffentlichen Mittel für die Erschliessung andererseits. Statuiert wird eine Pflicht zur Erschliessung von Bauland beziehungsweise Land für den Wohnungsbau, welche zeitgerecht beziehungsweise innert 10 bis 15 Jahren zu erfüllen ist³²²⁾. Offen ist, was zu geschehen

318 Vgl. dazu Pr. 72/1983 Nr. 125, S. 342ff.

319 Vgl. zu Baugebietsetappierung BGE 108 Ia 35 E. 3, 104 Ia 140 E. 4a; Aemisegger, S. 10ff.

320 Lendi a.a.O., Fn. 316, S. 550.

321 Vgl. Lendi, Grundfragen, S. 77f., wonach die Etappierung der Erschliessung sachlichen Gründen zu folgen hat.

322 Der Begriff "zeitgerecht" im Sinne von Art. 19 Abs. 2 RPG verweist auf Art. 15 lit. b dieses Erlasses, wonach in die Bauzone zur Ueberbauung geeignetes Land gehört, welches voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (vgl. EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 22 zu Art. 19 Abs. 2, S. 249; Martin, S. 128f. betreffend das RPG 1974).

hat, falls das Gemeinwesen dieser Pflicht nicht nachkommt³²³⁾. Das Bundesrecht hat dies insofern offen gelassen, als es kein Verfahren zur Durchsetzung vorsieht. Es stellt sich die Frage, ob die Kantone entsprechende Regelungen aufstellen müssen. Man könnte dagegen anführen, dass Art. 19 Abs. 2 RPG die Kantone ausdrücklich dazu anhält, Vorschriften über die Grundeigentümerbeiträge aufzustellen, zur Durchsetzung der Erschliessungspflicht aber schweigt. Andererseits wird eine Regelung ohne jegliche Möglichkeiten zur Durchsetzung der Bedeutung der Erschliessung für die Realisierung der Eigentumsfreiheit nicht gerecht. Es ist deshalb Aufgabe der Kantone, Instrumentarien zur Einhaltung der bundesrechtlichen Rahmenanforderungen zu schaffen³²⁴⁾. Vielerorts fehlen freilich entsprechende Vorschriften³²⁵⁾.

Es sind verschiedene Regelungsmöglichkeiten denkbar³²⁶⁾: So kann eine Klagemöglichkeit gegen das pflichtige Gemeinwesen gewährt werden. In Betracht zu ziehen ist auch eine Befugnis des Privaten, die

323 Eine Pflichtverletzung ist nicht vorschnell anzunehmen: "Das Gesetz verlangt nicht, dass nach Ablauf jener 15 Jahre,, der letzte Quadratmeter Bauzone erschlossen sein müsse." (EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 22 zu Art. 19 Abs. 2, S. 249.

324 Biland, S. 102; Martin S. 133; siehe Botschaft des Bundesrates zum WEG vom 17. Sept. 1973, in: BB1 1973 II 694: "Mit der Festlegung der Erschliessungspflicht sorgt das Bundesrecht dafür, dass die Baugebiete zeitgerecht erschlossen werden. Es regelt nicht den Fall, dass die nach kantonalem Recht für die Erschliessung verantwortliche öffentlich-rechtliche Körperschaft die fehlende Erschliessung ungebührlich verweigert. Es ist Sache der kantonalen Gesetzgebung, für die Durchsetzung des Anspruchs auf Erschliessung das rechtliche Instrumentarium zur Verfügung zu stellen."; dagegen steht es nach den Erläuterungen des EJPD/BRP im Belieben der Kantone, ob sie die gesetzliche Erschliessungspflicht (des Raumplanungsgesetzes) zu einem durchsetzbaren Rechtsanspruch erweitern möchten (EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, N. 42 zu Art. 19 Abs. 3, S. 257).

325 Siehe z.B. § 157/158 des aargauischen Baugesetzes vom 2. Feb. 1971 (GS AG Bd. VIII/Nr. 24) und dazu Zimmerlin, S. 448ff.

326 Vgl. Biland, S. 103, Martin, S. 133.

Erschliessung selber, aber auf Kosten des Gemeinwesens durchzuführen(327). Nicht genügen dürften die allgemeinen aufsichtsrechtlichen Behelfe(328).

Für den Fall der Nichterfüllung der Erschliessungspflicht und fehlender Durchsetzungsmöglichkeiten wird eine Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung erwogen³²⁹). Dagegen spricht, dass die Entschädigung aus materieller Enteignung die Folge bestimmter rechtmässiger Eigentumsbeschränkungen ist³³⁰), die Missachtung der Erschliessungspflicht aber eine Rechtsverletzung darstellt. In Erwägung zu ziehen wäre allenfalls die Belangung des pflichtigen Gemeinwesens für den widerrechtlich zugefügten Schaden³³¹), welcher mit gesetzeswidriger Verzögerung der Erschliessung verbunden ist. Ist auch eine künftige Erfüllung der Erschliessungspflicht nicht absehbar, so wäre auch denkbar, dass die betroffenen Grundeigentümer die Auszonung ihres Landes verlangen, worauf diese dann unter dem Gesichtspunkt der materiellen Enteignung beurteilt werden könnte³³²).

327 Art. 72 Abs. 2 des bernischen Baugesetzes vom 7. Juni 1970 (fortlaufende GS BE 1970, S. 163ff.) sieht vor, dass bauwillige Grundeigentümer, deren Land die Gemeinde noch nicht erschliessen muss, Erschliessungsanlagen selber erstellen. Als Grund für die noch fehlende Erschliessungsverpflichtung im Sinne der obigen Vorschrift nennt Zaugg auch die ungünstige Finanzlage der Gemeinde (Zaugg Aldo, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Bern 1971, N. 1 zu Art. 72, S. 263). Bei dieser Interepretation rückt Art. 72 Abs. 2 des bernischen Baugesetzes in die Nähe einer privaten Ersatzvornahme. Siehe auch Botschaft des Bundesrates zum WEG vom 17. Sept. 1973, in: BBl 1973 II 694: "Es bietet sich die Möglichkeit an, dem Bauwilligen den Anspruch zu verschaffen, anstelle des Gemeinwesens zu handeln. Diese Lösung hat dem Grundsatz nach das bernische Baugesetz vom 7. Juni 1970 gewählt."

328 Dazu EJPd/BRP, Erläuterungen RPG, N. 43 zu Art. 19 Abs. 3, S. 257; § 101 des solothurnischen Baugesetzes vom 3. Dez. 1978 (GS SO 711.1) sieht eine aufsichtsrechtliche Massnahme ausdrücklich vor.

329 Vgl. Biland, S. 103; EJPd/BRP, Erläuterungen RPG, N. 43 zu Art. 19 Abs. 3, S. 257; Martin, S. 132; Schürmann, Bau- und Planungsrecht, S. 92, 95.

330 Siehe Imboden/Rhinow, Nr. 130/B/III/g: "Ist ein Eingriff verfassungswidrig..... liegt keine materielle Enteignung vor."

331 Allgemein dazu Imboden/Rhinow, Nr. 105, 106.

332 Zur Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung bei Auszonungen siehe Aemisegger, S. 92ff.

IV. Freizeiteinrichtungen

Dass auch der Zugang zu Institutionen der Freizeitgestaltung quantitativ beschränkt sein kann, ist selbstverständlich.

Bibliotheken und kulturelle Einrichtungen weisen ein mehr oder weniger präzise bestimmtes Platzangebot auf. Sportanlagen können nicht gleichzeitig von unbestimmt vielen Personen benützt werden. Selbst für grosszügig dimensionierte Badeanlagen müssen bei längeren Schönwetterperioden gelegentlich kurzfristige Zulassungsbeschränkungen angeordnet werden.

In der Regel ergeben sich aus der begrenzten Kapazität staatlicher Freizeiteinrichtungen keine rechtlichen Schwierigkeiten. Interessen werden solange zugelassen, als Platz vorhanden ist.

Das Bundesgericht hat den Ausschluss Auswärtiger von der Benützung eines gemeindeeigenen Hallenbades für zulässig erklärt³³³). Die Bevorzugung der Einheimischen bei der Benützung öffentlicher Einrichtungen ist grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar, wobei im einzelnen der Bedeutung der vermittelten Leistung und dem Abhängigkeitsgrad Auswärtiger von der betreffenden Institution Rechnung zu tragen ist³³⁴). Beim Zugang zu einer Badeanlage steht nicht die Wahrnehmung eines speziellen Grundrechts auf dem Spiel³³⁵). Die Vorschrift, welche dem Hallenbadentscheid zugrunde lag, bezweckte, den Gemeindewohnern optimale Möglichkeiten der Benützung der Einrichtung mit eng begrenztem Fassungsvermögen zu erhalten. Diese Zielsetzung rechtfertigt unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV die dazu notwendigen Beschränkungen des Zuganges Auswärtiger. Die Zulässigkeit des generellen Ausschlusses derselben setzt aber - entgegen einer Aeusserung im betreffenden Urteil³³⁶) - wenigstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit voraus, dass ohne die angeordnete Zulassungsbeschränkung einheimische Benutzer verdrängt werden könnten³³⁷). Auch wäre ein allfälliger Einwand, zur Erreichung des angestrebten Zweckes genüge

333 BGE 100 Ia 287ff., 291ff. E. 3 = ZBl 76/1975, S. 27ff.

334 Vgl. dazu vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/b/bb/cc.

335 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/d.

336 BGE 100 Ia 293 E. 3c: "Der Grad der Wahrscheinlichkeit einer zeitweiligen Ueberschreitung der Aufnahmefähigkeit ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung..... letztlich nicht entscheidend."

337 Vgl. vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/A u. B betr. entsprechende Zulassungsschranken bei kommunalen Altersheimen und bei kantonalen Spitälern.

offensichtlich ein auf bestimmte Zeiten erfahrungsgemässer Spitzenbelastung beschränkter Ausschluss der Nichteinwohner, zu berücksichtigen gewesen. Das angesprochene Verhältnismässigkeitsprinzip ist zwar, da keine Freiheitsrechte tangiert sind, nur insoweit heranzuziehen, als seine Gehalte durch das Willkürverbot erfasst werden³³⁸⁾. Letzteres untersagt aber krass über das Notwendige hinausgehende Benachteiligungen eines bestimmten Personenkreises.

Ob es angehe, die Gemeindebürger im Unterschied zu den übrigen Nichteinwohnern zur Einrichtung zuzulassen, wie dies im betreffenden Reglement vorgesehen war, hatte das Bundesgericht nicht zu prüfen⁽³³⁹⁾. Derartige Privilegierungen verstossen nach meinem Dafürhalten, wie bereits früher dargetan⁽³⁴⁰⁾, gegen Art. 4 BV. Was den vorliegenden Fall betrifft, so ist die sachliche Rechtfertigung einer Regelung schwer einzusehen, welche nicht ansässige Bürger - die häufig zur Heimatgemeinde keine besondere Beziehung haben - zur Einrichtung zulässt, andere Auswärtige - etwa die Einwohner der Nachbargemeinde - aber ausschliesst. Allerdings läge die Konsequenz der Rechtswidrigkeit nicht in der Zulassung auch aller übrigen Nichteinwohner, sondern im Einbezug der auswärtigen Gemeindebürger in den Kreis der Ausgeschlossenen⁽³⁴¹⁾.

Bei Sportstätten, welche zur Ausübung organisierter Wettkämpfe dienen und deshalb nur einer bestimmten Zahl von Benützern gleichzeitig zur Verfügung stehen, bedarf es einer Zuteilungsordnung³⁴²⁾.

Dabei ist - bei entsprechender Nachfrage - eine optimale Auslastung anzustreben, so dass die Anlagen einem möglichst grossen Personenkreis zugute kommen⁽³⁴³⁾. Sie sollten möglichst auch nicht in Vereinen organisierten Interessenten offenstehen⁽³⁴⁴⁾. Das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot lassen den zuständigen Stellen aber erhebliche Gestaltungsspielräume offen.

338 Huber, Verhältnismässigkeit, S. 17f., 21f.; Müller J.P. Grundrechtstheorie, S. 139f.

339 Siehe E. 3f des Hallenbadentscheides, wiedergeg. in: ZBl 76/1975, S. 31.

340 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/A.

341 Siehe E. 3f des Hallenbadentscheides, in: ZBl 76/1975, S. 31.

342 Vgl. Art. 2ff. der stadtzürcherischen Vo über die Benützung der städtischen Sportanlagen vom 13. Okt. 1976 (Amtliche Sammlung der Beschlüsse und Verordnungen von Behörden der Stadt Zürich, Bd. 36/1975-1977, S. 218ff.); Richtlinien des Stadtrates für die Belegung und Benützungsgebühren der Zürcher Sporthalle vom 28. Dez. 1972 (BS II, 240).

343 So Art. 4 Abs. 1 der stadtzürcherischen Vo über die Benützung der städtischen Sportanlagen vom 13. Okt. 1976 (zit. oben, Fn. 342).

344 Siehe jedoch Art. 3 Abs. 1 der oben, Fn. 342, zitierten Vo über die Benützung der stadtzürcherischen Sportanlagen: Darnach werden Benützungsbewilligungen in der Regel nur an Sportvereine mit mehr als zwanzig aktiven (in der Stadt Zürich wohnhaften) Mitgliedern erteilt.

2. TEIL:

ANFORDERUNGEN AN REGELUNGSZUSTÄNDIGKEIT UND REGELUNGS- INTENSITÄT

Es ist im folgenden zu untersuchen, welche Fragen des Zulassungswesens öffentlicher Leistungseinrichtungen wie detailliert und in welcher Rechtssetzungsform normiert werden müssen. Dabei wird nicht zu vermeiden sein, auf die früheren inhaltlichen Erörterungen zu den verschiedenen Institutionen zurückzukommen. Nur so lassen sich die durch das Rechtssatzerfordernis geschützten rechtsstaatlichen Anliegen der Zulassungsanwärter¹⁾ sowie die für die Tragweite des Gesetzserfordernisses²⁾ entscheidende Wichtigkeit von Zulassungsvorschriften bestimmen.

Im allgemeinen werden an die Regelung von quantitativen Zulassungsschranken höhere Anforderungen zu stellen sein als an jene der qualitativen Zulassungserfordernisse. Letztere hängen eben inhaltlich mit dem Einrichtungszweck zusammen und sind dementsprechend durch dessen Festlegung in den Grundzügen bereits vorgegeben³⁾. Bei den quantitativen Schranken der Zulassung wird sodann das Bedürfnis nach Transparenz und nach Mitentscheidung durch die Tatsache erhöht, dass die Aufnahme des einen Bewerbers die Nichtzulassung eines andern zur Folge hat.

Ebenso wie die inhaltlichen Anforderungen bleiben auch diejenigen formellrechtlicher Natur von der Tatsache grundsätzlich unbeeinflusst, dass es um die Tätigkeit von regelmässig aus der ordentlichen Verwaltung ausgegliederten staatlichen Organisationen⁴⁾ geht. Der Grundsatz der Gewaltentrennung und das Gesetzmässigkeitsprinzip verlangen, dass bestimmte Entscheidungen dem demokratischen Gesetzgeber vorbehalten bleiben sowie dass bestimmte Fragen eine rechtsatzmässige Normierung erfahren. Ob einzelne der Exekutive zustehende Regelungsbefugnisse an die ausgegliederten Verwaltungsträger

1 Siehe dazu vorne, unter Kap. 2/§ 6/II/A.

2 Siehe dazu vorne, unter Kap. 2/§ 6/II/A.

3 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2 vor I.

4 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2 u. § 3.

delegiert werden, hängt vom Grad der diesen eingeräumten Autonomie gegenüber der Zentralverwaltung⁵⁾ ab. Die Rechtsstellung des (Stimm-)Bürgers bleibt davon unberührt.

Die im folgenden zu erörternden Anforderungen gelten grundsätzlich auch für jene staatlichen Einrichtungen, welche ihre Leistungen in privatrechtlicher Form erbringen. Das Gemeinwesen kann sich nicht durch die Wahl seiner Handlungsform verfassungsrechtlicher Bindungen entziehen(6). Dies gilt auch für die hier bedeutsamen Grundsätze der Gewaltentrennung und der Gesetzmässigkeit(7). Damit wird keineswegs ausgeschlossen, dass für jene Fragen des Verhältnisses zwischen Einrichtung und Benützer, welche bei Berücksichtigung der Verfassungsbindung privatrechtlich geregelt werden dürfen, also namentlich Belange der Abwicklung des Leistungsaustausches(8), die entsprechenden Privatrechtsnormen als genügende gesetzliche Grundlage betrachtet werden können. Voraussetzung ist allerdings, dass die grundsätzliche Unterstellung eines Benützungsverhältnisses unter das Privatrecht ihrerseits in rechtsgenügender Weise verankert ist(9).

5 Dazu siehe vorne, unter Kap. 1/§ 3/II/C sowie Kap. 1/§ 3/III/A/1/b/aa.

6 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

7 In diesem Sinne auch Gross, S. 121 m.w.H.; Müller P.R., S. 390ff.; vgl. jedoch Püttner, S. 191.

8 Dazu siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

9 Vgl. Knapp, service public, S. 738.

§ 4 Anforderungen bei den einzelnen anstaltlich genutzten öffentlichen Einrichtungen

I. Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen

Es wurde bereits erörtert, dass staatlichen Leistungen im Bildungs- und Ausbildungsbereich eine wesentliche Bedeutung für die berufliche und persönliche Entfaltung des Menschen zukommt¹⁾. Diese Tatsache, sowie die Erkenntnis, dass das Vorliegen eines sogenannten besonderen Rechtsverhältnisses keinen Dispens von den Gesetzmäßigkeitsanforderungen bedeutet²⁾, haben - vor allem in der BRD - eine breite Diskussion über die Tragweite des Legalitätsprinzips im staatlichen (Aus-)Bildungsbereich in Gang gesetzt³⁾. Das Bundesverfassungs- und das Bundesverwaltungsgericht haben sich verschiedentlich mit dem Problem zu befassen gehabt, welche Fragen des öffentlichen Schulwesens durch den Gesetzgeber selber zu regeln sind⁴⁾. Aber auch für das Schweizerische Bundesgericht war bekanntlich eine Massnahme im öffentlichen Ausbildungswesen - der Numerus clausus an einer Hochschule - Anlass zu einer umfassenden Standortbestimmung über die Tragweite des Legalitätsprinzips⁵⁾.

Bei den folgenden Erörterungen ist zu berücksichtigen, dass zwischen den verschiedenen Institutionen im staatlichen Bildungs- und Aus-

1 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

2 Müller G., Rechtssetzung, S. 75ff.; Müller J.P., Grundrechtstheorie, S. 108f.

3 Siehe etwa: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Bd. I: Schule im Rechtsstaat, Gutachten von Thomas Oppermann, S. C. 1ff., Bd. II: Sitzungsbericht der Abteilung Schule im Rechtsstaat, S. M. 1ff., München 1976; kritisch dazu Pieske Eckart, Der Weg des Deutschen Schulrechts nach dem 51. Deutschen Juristentag in Stuttgart im September 1976, in: DVBl 92/1977, S.673ff.; siehe auch Deutscher Juristentag, Schule im Rechtsstaat, Bd. I: Entwurf für ein Landesschulgesetz, München 1981 und Bd. II: Gutachten für die Kommission Schulrecht des Deutschen Juristentages, München 1980.

4 Vgl. BVerfGE 47, 46ff., 78ff. E. II: Sexualkunde; BVerfGE 45, 400ff., 417ff. E. 4: Neuordnung der gymnasialen Oberstufe; BVerfGE 41, 251ff.: Ausschluss von einer Einrichtung der zweiten Bildungsstufe; BVerfGE 34, 165ff., 192ff. E. 5e: Einführung einer Förderstufe; BVerwGE 47, 201ff.: Einführung der 5-Tage-Woche; BVerwGE 47, 194ff.: Sexualkunde.

5 BGE 103 Ia 369ff.; siehe auch BGE 102 Ia 62ff. (Schulversuch).

bildungsangebot natürlich erhebliche Unterschiede bestehen, hinsichtlich Aufgabe, Bedeutung, Dimension und Grad der Abhängigkeit der Zulassungsanwärter. Diese Verschiedenheiten wirken sich auf die formalen Anforderungen ebenso aus wie auf die inhaltlichen. Es kann deshalb im folgenden nur darum gehen, die Gesetzmässigkeitsanforderungen in den Grundzügen zu skizzieren.

A) Qualitative Zulassungsschranken

Qualitative Zulassungsschranken öffentlicher (Aus-)Bildungseinrichtungen entscheiden über Chancen beruflicher und persönlicher Entfaltung. Nach dem Kriterium der Intensität⁶⁾ wären deshalb Aufnahmeerfordernisse staatlicher Bildungs- und Ausbildungsgänge durch den Gesetzgeber festzulegen. Sie eignen sich jedoch aus zwei Gründen nur sehr bedingt für eine gesetzgeberische Ausgestaltung: Zunächst besteht hinsichtlich der Zielsetzung von qualitativen Zulassungsschranken kein grosser Entscheidungsspielraum, der durch gesetzgeberische Gestaltung auszufüllen ist. Die entsprechenden Voraussetzungen haben sich nach herrschender Auffassung primär daran zu orientieren, den möglichst reibungslosen Ablauf der Lehrgänge zu gewährleisten⁷⁾. Daraus resultieren zwangsläufig Anforderungen an die charakterliche und leistungsmässige Eignung zur Absolvierung der betreffenden (Aus-)Bildungsgänge.

Ueber die Aenderung von Zulassungsordnungen, durch welche innerhalb des Spielraumes zwischen der traditionellen negativen und der als unzulässig betrachteten positiven Auslese⁸⁾ eine Gewichtsverschiebung vorgenommen würde, hätte der Gesetzgeber zu entscheiden⁹⁾.

Ueber die zur Eignungsabklärung heranzuziehenden Methoden¹⁰⁾ sodann haben die mit den erforderlichen Fachkenntnissen versehenen Organe zu

6 Dazu Müller G., Rechtssetzung, S. 112ff.

7 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/2.

8 Siehe dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/2.

9 Vgl. BVerfGE 34, 165ff., 192ff. betr. die hessische Förderstufe.

10 Zur diesbezüglichen Problematik siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4/a.

befinden. Es besteht auch ein Bedürfnis, die diesbezüglichen Vorschriften rasch Erfahrungen und neuen Erkenntnissen anpassen zu können. In den Zuständigkeitsbereich der entsprechenden Fachstellen gehört auch die Frage, was und wie bei den erforderlichen Abklärungen zu bewerten ist.

Durch den Gesetzgeber sollten m.E. die Grundzüge jenes Verfahrens geregelt werden, in welchem über die Zuteilung zu den verschiedenen Oberstufentypen der Volksschule befunden wird. Der Uebertrittsentscheid präjudiziert die spätere Berufswahl und die persönliche Entwicklung des Schülers ganz erheblich(11).

Es geht zunächst darum, wie der Zuteilungsantrag des Schülers bzw. seiner gesetzlichen Vertreter zu gewichten ist. Sodann ist darüber zu befinden, ob für den behördlichen Entscheid das Gutachten des Primarlehrers, spezielle Eignungsabklärungen oder beides massgebend sein sollen. Bei diesen Fragen besteht ein erheblicher Gestaltungsspielraum, wie die Palette möglicher Lösungen(12) zeigt. Abgesehen von der Bedeutung für die Entwicklung des Schülers handelt es sich beim Uebertrittsverfahren um eine Angelegenheit, welche einen erheblichen Teil der Bevölkerung betrifft und deshalb auch immer wieder in der Öffentlichkeit diskutiert wird(13). Dennoch - oder möglicherweise gerade deswegen (Angst vor Ablehnung der Schulgesetze in Volksabstimmungen) - wird die Regelung des Uebertrittes vielfach pauschal der Exekutive zugewiesen(14).

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist zu verlangen, dass der Ablauf von Eignungsabklärungen in den Grundzügen rechtssatzmässig geregelt ist.

11 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a.

12 Die Kommission Schulrecht des Deutschen Juristentages zeigt durch die Formulierung von Alternativen, welche weit auseinander liegende Positionen markieren, die Spannbreite der Regelungsmöglichkeiten auf: Aus Alternative 1: "Weichen die Eltern von der Empfehlung ab, wird der Schüler in einen Bildungsgang der Sekundarstufe I mit Ausnahme der..... auf Probe aufgenommen." Alternative 2: "Die Aufnahme in einen Bildungsgang der Sekundarstufe I..... setzt das Bestehen einer Aufnahmeprüfung voraus." (Deutscher Juristentag, Schule im Rechtsstaat, Bd. I: Entwurf für ein Landesschulgesetz, München 1981, S. 93, 278ff.); siehe auch die in § 3 der zürcherischen Uebertrittsordnung vom 11. Juli 1960 (GS ZH 412.12) zur Auswahl gestellten Möglichkeiten.

13 Kriterium der Akzeptierbarkeit einer Regelung (dazu Müller G., Rechtssetzung, S. 116ff.).

14 Vgl. § 28 des basellandschaftlichen Schulgesetzes vom 26. Apr. 1979 (GS BL Bd. VI/Erlassnummer 640); § 74 Abs. 1 des baselstädtischen Schulgesetzes vom 4. Apr. 1929 (GS BS 410.100); Art. 31 lit. c des st. gallischen Volksschulgesetzes vom 13. Jan. 1983 (GS SG 213.1); § 57 Abs. 2 des zürcherischen Gesetzes betreffend die Volksschule vom 11. Juli 1899 (GS ZH 412.11), wobei § 57 Abs. 1 Ansätze einer gesetzlichen Regelung enthält.

Ebenso ist in einem Erlass festzulegen, welche Mindestanforderungen für die Zulassung vorausgesetzt sind und aus welchen Komponenten sich das Ergebnis der Eignungsabklärung zusammensetzt. Wird eine Aufnahmeprüfung durchgeführt, so müssen die dabei herangezogenen Fächer genannt sein¹⁵⁾. Diese Anforderungen entsprechen den berechtigten Anliegen der Aufnahmebewerber, sich auf die Eignungsabklärung einstellen und die Erfolgchancen abschätzen zu können. Darüberhinaus bieten sie eine minimale Gewähr für die Gleichbehandlung der Anwärter, insbesondere auch dort, wo über die Aufnahme in dieselbe Bildungsstufe des kantonalen Schulrechts durch verschiedene Behörden entschieden wird¹⁶⁾.

B) Quantitative Zulassungsschranken

Die folgenden Erörterungen können sich auf relativ ausführliche diesbezügliche Stellungnahmen des Bundesgerichts abstützen. Diese beziehen sich auf Zulassungsbeschränkungen an Hochschulen¹⁷⁾ und an Lehrerseminaren¹⁸⁾. Sodann findet sich ein entsprechender Hinweis für die Beschränkung des Zuganges im Mittelschulwesen¹⁹⁾.

Im folgenden soll versucht werden, den Unterschieden zwischen den verschiedenen Institutionen im staatlichen Bildungs- und Ausbildungsbereich bei der Umschreibung der Legalitätsanforderungen Rechnung zu tragen.

15 Im gleichen Sinne die bei Plotke (Schulrecht, S. 60) aufgestellten Anforderungen.

16 Dies ist bis heute beim Uebertritt in die Oberstufe der Volksschule die Regel geblieben (siehe dazu vorne, unter Kap. 3/§ 2/I/A/4/b/bb).

17 BGE 103 Ia 369ff., 374ff. E. II.

18 BGE 103 Ia 394ff., 104 Ia 305ff.

19 BGE 108 Ia 31f. E. 6.

1. Anforderungen bei einzelnen Regelungsgegenständen

a) Verankerung des Numerus clausus und seiner Motivierung

Es bedarf keiner weiteren Darlegungen, dass der Bewerber aus einem Rechtssatz muss ersehen können, ob die Zulassung zu einem öffentlichen (Aus-)Bildungsgang quantitativ beschränkt ist. Insbesondere ist es mit rechtsstaatlichen Anforderungen nicht vereinbar, wenn eine Begrenzung der Zahl der Aufgenommenen durch eine Verschärfung der qualitativen Zulassungserfordernisse ohne entsprechende rechtssatzmässige Grundlage angestrebt wird²⁰⁾.

Im bereits früher erwähnten Urteil i.S. Goël(21) kritisierte das Bundesgericht zwar, dass der Numerus clausus an einer staatlichen Physiotherapeutenschule - die Zahl der Aufgenommenen war zum Vorneherein auf 18 (von 98 Kandidaten) beschränkt - nicht in einem Erlass vorgesehen war. Dennoch hielt es die entsprechende Beschwerde eines abgewiesenen Bewerbers für unbegründet, da beim Zugang zu einer Physiotherapeutenschule kein Grundrecht auf dem Spiele stehe.

Abgesehen davon, dass sich das Gericht bezüglich des grundrechtlichen Aspektes nicht mit seinen diesbezüglichen Erwägungen in den früheren Numerus-clausus-Urteilen auseinandersetzte(22), erscheint dieser Entscheid auch insofern fragwürdig, als nicht einzusehen ist, weshalb rechtsstaatlichen Erfordernissen bei staatlichen Massnahmen ohne Grundrechtsrelevanz überhaupt keine Bedeutung zukommen soll. (Man denke nur an die vom Bundesgericht aufgestellten Anforderungen im Abgabewesen!). Im neueren Waadtländer-Entscheid betreffend den Zugang zur Mittelschule wird denn auch das Fehlen einer rechtssatzmässigen Grundlage für den Numerus clausus als nicht haltbar bezeichnet, ohne dass die Grundrechtsrelevanz der Zulassungsfrage überhaupt zur Sprache kommt(23).

Das Bundesgericht hat verlangt, dass der Gesetzgeber selber darüber befinde, ob und aus welchen Gründen Zulassungsbeschränkungen an Hochschulen oder Lehrerseminaren angeordnet werden können²⁴⁾. Dafür gibt es mehrere Gründe: Wie bereits mehrfach erwähnt, stehen beim Zugang zu (Aus-)Bildungseinrichtungen Chancen beruflicher und persönlicher Entfaltung auf dem Spiel. Zudem ist es eine grundlegende

20 BGE 103 Ia 407, 108 Ia 31f. E. 6.

21 Nicht publiziertes Urteil vom 4. Dez. 1981 i.S. Goël.

22 Dies wurde vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/a vermerkt.

23 BGE 108 Ia 31f. E. 6.

24 BGE 103 Ia 384f. E. 7a, 404, 104 Ia 311.

Frage staatlicher (Aus-)Bildungspolitik, ob und warum geeigneten Anwärtern der Zugang zu bestimmten Lehrgängen verweigert werden soll. Der zu treffende Entscheid ist - ganz besonders im Hochschulbereich - auch von erheblicher finanzieller Tragweite. Schliesslich hat im Grundsatzentscheid Wäffler²⁵⁾ auch eine Rolle gespielt, dass es um den Bruch mit einer langen Tradition freien Hochschulzuganges ging, welcher zudem erhebliche Rückwirkungen auf das gesamte schweizerische Mittelschulwesen zeitigen würde²⁶⁾.

Von diesen Gesichtspunkten haben jedenfalls die beiden erstgenannten auch für andere Bereiche staatlicher Bildung und Ausbildung Geltung. Somit besteht das Gesetzeserfordernis für Zulassungsbeschränkungen auch dort. Allerdings wäre der Gesetzgeber überfordert, wenn er sich für jeden angebotenen (Aus-)Bildungsgang zur Frage des Numerus clausus zu äussern hätte. Es muss genügen, wenn er diesbezügliche Entscheide für bestimmte, abgegrenzte Bereiche des staatlichen Bildungs- und Ausbildungswesens fällt. Von dieser Betrachtungsweise geht übrigens auch der Wäffler-Entscheid aus: Die dort beurteilte Gesetzesbestimmung ist Grundlage dafür, an einzelnen Studiengängen im Hochschulbereich Zulassungsbeschränkungen einzuführen.

Es ist auch nicht verlangt, dass das Gesetz die Begriffe "Numerus clausus" oder "Zulassungsbeschränkungen" verwendet. Es genügt, wenn die Möglichkeit der zahlenmässigen Begrenzung des Zuganges zum Ausdruck kommt.

Auch das Motiv der angeordneten Zulassungsbeschränkung kann sich aus den gesamten Umständen ergeben, ohne dass es ausdrücklich genannt ist. Dies gilt namentlich bei jenen Ausbildungsgängen, bei denen eine Bedarfslenkung von Verfassungen wegen nicht zulässig ist⁽²⁷⁾.

b) Kapazitäts- und Bedarfsermittlung

Es geht hier um die Frage, welche formellrechtlichen Anforderungen an die Wertentscheidungen zu stellen sind, die im Rahmen der Festlegung der Aufnahmefähigkeit einer Einrichtung²⁸⁾ beziehungsweise des

25 BGE 103 Ia 369ff.

26 Vgl. BGE 103 Ia 388f.

27 Siehe dazu vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/D/2.

28 Dazu siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1/a.

künftigen Bedarfes an Ausgebildeten für den Staatsdienst²⁹⁾ getroffen werden müssen.

Was die Kapazitätsermittlung betrifft, so bestehen zwischen den einzelnen Institutionen im staatlichen Bildungs- und Ausbildungsbereich sehr wesentliche Unterschiede in bezug auf Art und Anzahl der vorzunehmenden Abwägungen. So lassen sich beispielsweise die medizinische Fakultät einer Hochschule und eine Diplommittelschule in dieser Hinsicht kaum miteinander vergleichen.

Allgemeine Gültigkeit hat wohl die Anforderung, dass das Gesetz die Behörde bestimmt, welche die Aufnahmefähigkeit festlegt³⁰⁾. Besteht die Kapazitätsermittlung wie bei den Hochschulen in einer vielschichtigen Abwägung verschiedener Interessen, so muss auch das Verfahren in den Grundzügen gesetzlich geregelt sein³¹⁾. Die Durchführung kapazitätsbedingter Zulassungsbeschränkungen an Universitäten ist ein Beispiel dafür, dass die Grundrechtsverwirklichung im Bereich staatlicher Leistungen vorab durch Verfahrens- und Zuständigkeitsregelungen zu sichern ist³²⁾.

Der Rahmen, innerhalb dessen sich die Festlegung der Aufnahmefähigkeit bewegt, ergibt sich aus dem der Institution (gesetzlich) übertragenen Zweck und den finanziellen Mitteln, welche der Gesetzgeber dafür zur Verfügung stellt³³⁾. Zu den innerhalb dieser Markierungen vorzunehmenden Abwägungen hat sich der Gesetzgeber nur zu äussern, wenn es um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung geht.

29 Dazu siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1/b.

30 BGE 103 Ia 385f. E. 7b (Hochschule), 104 Ia 311 (Lehrerseminar).

31 Betreffend Hochschule BGE 103 Ia 385f.; im Zusammenhang mit entsprechenden Erhebungen bei Lehrerseminaren hat das Bundesgericht diese Forderung etwas abgeschwächt formuliert: "Zudem sollte... .. das zu verfolgende Verfahren ebenfalls im Gesetz aufgeführt werden..... ." (BGE 104 Ia 311).

32 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/I/G; vgl. auch Müller J.P., Entscheidungstrukturen, S. 176f.; Zenger, S. 47ff.

33 Vgl. BGE 103 Ia 384: "Nach welchen gesetzlichen Kriterien sich die Aufnahmefähigkeit bestimmt und wo sie ihre Grenze findet, ist..... .. vorgezeichnet: sie ist einerseits von den finanziellen Mitteln des Kantons abhängig, andererseits bedingt durch das Erfordernis, den Zugelassenen die Durchführung eines ordnungsgemässen Studiums garantieren zu können." Dass die Zwecksetzung einer Universität neben der Ausbildungsqualität weitere Interessenpositionen begründet, wird gleich unten nochmals erwähnt.

Im Zuge der Kapazitätsermittlung von Hochschulen sind bekanntlich nicht nur Ausbildungsqualität und -quantität gegeneinander abzuwägen. Der den Hochschulen aufgegebenen Zweck ruft auch nach der Berücksichtigung der Forschungsfreiheit des wissenschaftlichen Personals, der akademischen Lernfreiheit der Studenten und der Dienste, welche universitäre Einrichtungen, wie etwa das Spital, für die Allgemeinheit erbringen⁽³⁴⁾. Bei einem derart breiten Entscheidungsspielraum ist es denkbar, dass im Gesetz festzulegen ist, wie die verschiedenen Aspekte bei der Kapazitätsermittlung zu gewichten sind, etwa, indem Grenzen markiert werden, bis zu denen ein Interesse zugunsten eines anderen zurückzutreten hat⁽³⁵⁾.

Grundsätzlich ist die Kapazitätsfestlegung Sache der durch das Gesetz zu bezeichnenden Fachstelle. Sie ist mit den Gegebenheiten des betreffenden (Aus-)Bildungsganges vertraut und verfügt über die erforderlichen methodisch-didaktischen Kenntnisse. Die Erfahrungen im deutschen Hochschulzulassungsrecht haben zudem gezeigt, dass bei derart komplexen Ermittlungen entsprechende Vorschriften auch nach längerer Zeit immer wieder an neue Erkenntnisse angepasst werden müssen⁽³⁶⁾.

Je vielschichtiger der vorzunehmende Abwägungsprozess ist, desto eher ist eine rechtssatzmässige Normierung der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen und der Art und Weise, wie diese zueinander in Beziehung gebracht werden, verlangt⁽³⁷⁾. Der Zulassungsbewerber muss

34 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1/a.

35 Vgl. Zenger, S. 52: "Im Zusammenhang mit der Kapazitätsfestlegung bedarf es..... der Klärung, ob gewisse Entscheidungen in diesem Bereich der Funktion des Gesetzgebers zuzuzählen sind; denkbar ist beispielsweise die Bestimmung darüber, ob Ausbildungs- und Zulassungsrecht in einem Verhältnis der Ueber- oder der Gleichordnung stehen sollen."

36 Im ersten Numerus-clausus-Urteil von 1972 hat das Deutsche Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Bestimmung nachvollziehbarer, objektiver Kriterien für die Kapazitätsermittlung an Hochschulen an sich in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers fielen. Dies stosse jedoch nach dem derzeitigen Erfahrungsstand noch auf solche Schwierigkeiten, dass der Gesetzgeber zu einer normativen Regelung einstweilen noch nicht in der Lage sei (BVerfGE 33, 340f.). Am 18. Sept. 1981 führte das Bundesverwaltungsgericht in einem Beschluss aus: "Die Festlegung von Regeln für die Kapazitätsermittlung stösst auch heute noch auf solche Schwierigkeiten, dass der Gesetzgeber zu einer abschliessenden normativen Regelung, die Aussicht auf Bestand hat, noch nicht in der Lage ist.....". (BVerwGE vom 18. Sept. 1981, in: DVBl 96/1981, S. 1151ff., S. 1151).

37 In diesem Sinne auch Zenger, S. 53f. betreffend Hochschulen; in der BRD besteht eine Kapazitätsverordnung, welche in allen Ländern Geltung hat (vgl. dazu Bahro, S. 261ff. sowie vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1/a).

sich ein Urteil darüber bilden können, ob seinen Interessen in genügender Weise Rechnung getragen wurde. Auch sollten die Zulassungschancen bis zu einem gewissen Grade abschätzbar sein. Dem letztgenannten Anliegen kommt auch eine Regelung entgegen, welche die zuständige Instanz verpflichtet, zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Beginn des Zulassungs- und Auswahlverfahrens die Zahl der verfügbaren Plätze zu publizieren³⁸⁾.

Die Kapazitätsfestlegung im deutschen Hochschulzulassungsrecht ist trotz der ausführlichen Regelung in der Kapazitätsverordnung nur schwer nachvollziehbar³⁹⁾. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Kapazitätsverordnung nicht nur die Funktion zukommt, Transparenz zu schaffen. Sie soll vielmehr die Kapazitätsermittlung in den Ländern bis zu einem gewissen Grade vereinheitlichen.

Die Ueberlegungen zu den formellrechtlichen Anforderungen an die Kapazitätsfestlegung lassen sich auch auf die Ermittlungen übertragen, welche bei bedarfsorientierten Zulassungsbeschränkungen erforderlich werden.

Durch die gesetzliche Verankerung der Zulassung zu einer Ausbildungseinrichtung nach staatlichem Bedarf ist der Rahmen abgesteckt, in welchem sich die Bestimmung der Zahl der Aufzunehmenden bewegt. Der Gesetzgeber hat allenfalls anzugeben, in welchem Verhältnis die Zahl der bewilligten Ausbildungsplätze jeweils zur geschätzten Bedarfsgrosse stehen soll⁴⁰⁾. Im Gesetz sind die Zuständigkeiten zur

38 Siehe § 1 der basellandschaftlichen Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar vom 10. Feb. 1981 (GS BL Bd. VI/Nr. 640.271): "Der Regierungsrat bestimmt..... bis Ende September die Maximalzahl der im folgenden Jahr zu bildenden 1. Klassen am Lehrerseminar Liestal."

39 Dies veranschaulicht BVerwGE 56, 31ff., 43f., wo sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage auseinandersetzt, ob die Wiedergabe der Kapazitätsregeln in mathematischen Formeln mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar sei. Es führt dabei aus: "Dass sich der Norminhalt jedem nicht ohne weiteres erschliesst, ist..... kein allein entscheidendes Kriterium. Massgeblich ist, dass der bei der Rechtsanwendung in der Verwaltung und bei Gericht Befassete und der von der Sache her allein interessierte Studienbewerber die Darstellung in der Verordnung bei hinreichenden Anstrengungen noch erfassen können." (S. 44).

40 Zu den diesbezüglichen inhaltlichen Anforderungen siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/1/b.

Bedarfsbestimmung festzulegen⁴¹⁾. Bei schwierigen Ermittlungen mit grossen Beurteilungsspielräumen sind die Grundzüge des Vorgehens durch den Gesetzgeber zu regeln⁴²⁾ und müssen aus einem Rechtssatz die herangezogenen Kriterien und ihre Bewertung erkennbar sein⁴³⁾.

c) Auswahlordnung

Aus rechtsstaatlichen Gründen müssen die zur Selektion der Bewerber herangezogenen Gesichtspunkte und ihre Gewichtung in einem Rechtssatz geordnet sein⁴⁴⁾. Wegen ihrer Bedeutung als Verteiler von "Lebenschancen"⁴⁵⁾ sind die Grundzüge der Regelung durch den Gesetzgeber festzulegen⁴⁶⁾.

Was zur Verankerung des Numerus clausus und seiner Motivierung im Gesetz gesagt wurde, gilt auch hier: Entsprechende gesetzgeberische Vorschriften können sich auf ganze Bereiche des staatlichen Bildungs- und Ausbildungswesens beziehen.

Es genügt sodann, wenn sich aus der gesamten Regelung ergibt, wie eine allfällige Selektion vorgenommen wird. So lässt der Hinweis auf eine Aufnahmeprüfung den Schluss zu, dass das Eignungskriterium massgebend sein soll.

Was die Normierung allfälliger Eignungsabklärungen betrifft, kann auf die entsprechenden Ausführungen zu den qualitativen Zulassungsschranken verwiesen werden⁴⁷⁾.

41) Siehe BGE 104 Ia 311: Die dort formulierten Anforderungen an das "zu verfolgende Verfahren" beziehen sich wohl auf Kapazitäts- und auch auf mögliche Bedarfsermittlungen.

42) BGE 104 Ia 311 und Anmerkung oben, Fn. 41.

43) Vgl. § 2 der basellandschaftlichen Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar (zit. oben, Fn. 38): "Die Maximalzahl wird bestimmt durch den voraussichtlichen Bedarf an..... Primarlehrern. Dieser wird ermittelt aufgrund der Klassenzahlen und der voraussichtlichen Rücktritte aus dem Schuldienst."

44) Siehe BGE 103 Ia 406, wo auf den Rechtssicherheitsaspekt hingewiesen wird. Vorbildlich ist in dieser Beziehung § 4 der basellandschaftlichen Vo über die Zulassung zum Lehrerseminar (zit. oben, Fn. 38), wo das Vorgehen bei der Verteilung der Ausbildungsplätze klar geregelt ist.

45) BVerfGE 33, 346; Zenger, S. 59; siehe auch BGE 103 Ia 388f. E. 7d/bb, 390 E. 7d/dd.

46) Ausführlich dazu BGE 103 Ia 387ff. E. 7d, 404ff.; 104 Ia 311f.

47) Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 4/I/A.

Das Bundesgericht hat es im Fall Wäffler für zulässig erklärt, dass der Entscheid über die Auswahlkriterien bei beschränktem Hochschulzugang vom Gesetzgeber praktisch umfassend an die Exekutive delegiert wurde(48). Es hat dies einmal damit begründet, dass die zu treffende Lösung von noch nicht abschliessend geklärten Umständen abhinge und die Regelung laufend neuen Erkenntnissen sollte angepasst werden können(49). M.E. zu Recht hat Zenger darauf hingewiesen, dass diese Tatsachen der Fällung von Grundsatzentscheiden über die massgeblichen Selektions Gesichtspunkte nicht im Wege stünden(50). Hingegen war es nach meinem Dafürhalten richtig, das Interesse an entsprechenden interkantonalen Vereinbarungen in Rechnung zu stellen(51), weil eine Vereinheitlichung oder gegenseitige Abstimmung der Auswahlordnungen der Chancengleichheit der Bewerber zugute kommt(52). Es wäre allerdings zu prüfen gewesen, ob diesbezügliche Verhandlungen im Gange waren oder in Aussicht standen. Allenfalls wäre es aufgrund des damaligen Standes entsprechender Gespräche bereits möglich gewesen, die Grundzüge einer künftigen Auswahlordnung im Gesetz festzulegen.

2. Bestehende Numerus-clausus-Regelungen

Zenger hat kantonale Gesetzesbestimmungen über Zulassungsbeschränkungen an Universitäten auf ihre Vereinbarkeit mit den bundesgerichtlichen Anforderungen überprüft⁵³⁾. Darnach verfügt der Kanton Freiburg über eine gesetzliche Grundlage, welche gerade noch zu genügen vermag⁵⁴⁾. Hingegen finden sich keine für die Einführung des Numerus clausus ausreichenden Bestimmungen in den Universitätsgesetzen der Kantone Bern und Zürich⁵⁵⁾.

In der genferischen und in der waadtländischen Gesetzgebung sind Zulassungsbeschränkungen an der Universität ebenfalls in einer Weise verankert, welche vom Bundesgericht bei Beibehaltung seiner Massstäbe

48 BGE 103 Ia 387ff. E. 7d.

49 BGE 103 Ia 391 E. 7d/ee.

50 Zenger, S. 58.

51 BGE 103 Ia 391f.

52 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/E/2/a; a.M. Zenger, S. 58f.

53 Siehe Zenger, S. 19ff.

54 Siehe Zenger, S. 20.

55 Siehe Zenger, S. 20ff.

knapp toleriert werden könnten⁵⁶⁾. Das neuenburgische und das st. gallische Universitätsgesetz enthalten keinen Hinweis auf einen Numerus clausus⁵⁷⁾. Nicht in den Gesetzen erwähnt sind die bestehenden Zulassungsbeschränkungen für ausländische Studienanwärter. Zum Teil finden sich wenigstens den rechtsstaatlichen Erfordernissen genügende Regelungen in einem Rechtssatz⁵⁸⁾.

In den Erlassen, welche sich mit der Zulassung zu den Eidgenössischen Technischen Hochschulen befassen, finden sich keinerlei Hinweise auf einen Numerus clausus⁵⁹⁾.

Einige Numerus-clausus-Vorschriften für andere Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen genügen teilweise den oben umschriebenen Anforderungen nicht, wie die Durchsicht verschiedener nach dem Zufallsprinzip ausgewählter Gesetzessammlungen zeigt.

Gemäss dem st. gallischen Reglement über Aufnahme und Promotion im Lehramtskurs erfolgt die Zulassung nach Massgabe der zur Verfügung stehenden Ausbildungsplätze (60). Das Reglement stützt sich auf Art. 35 des Mittelschulgesetzes(61), der keinen Hinweis auf Zulassungsbeschränkungen enthält.

56 Siehe Art. 99 Abs. 4 des genferischen Universitätsgesetzes vom 26. Mai 1973 (GS GE C.1.27,5) sowie Art. 73 Abs. 3 des waadtländischen Universitätsgesetzes vom 6. Dez. 1977 (GS VD 4.6.A): Genannt sind die Massnahme (numerus clausus), die Voraussetzung (Platzmangel) und die Zuständigkeit zur Anordnung (Regierungsrat). Es fehlen Angaben über das Verfahren und über die Auswahlkriterien.

57 Art. 25 Abs. 2 des neuenburgischen Universitätsgesetzes vom 17. Juni 1963 (laufende GS Bd. III, S. 311) verweist hinsichtlich der Zulassungsfragen auf das Universitätsreglement; die Zulassung zur Hochschule St. Gallen ist nicht im Gesetz über die Handelshochschule vom 1. Jan. 1955 (GS SG 217.11) geregelt, sondern in dem vom Hochschulrat erlassenen Hochschulstatut vom 18. Sept. 1975 (GS SG 217.15), Art. 16ff.

58 Vgl. Art. 18 des st. gallischen Hochschulstatutes (zit. oben, Fn. 57) u. Reglement vom 18. Dez. 1980 über die Zulassung ausländischer Studienbewerber an die Hochschule St. Gallen (GS SG 217.45); siehe auch § 11 des Reglementes für die Studierenden an der Universität Zürich (GS ZH 415.31).

59 Vgl. Art. 6ff. des Reglementes für die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich vom 16. Apr. 1924 (SR 414.131); Vo über die Zulassung zu den Studien an den Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 12. Sept. 1975 (SR 414.131.5).

60 Art. 1 Abs. 2 des Reglementes vom 11. Nov. 1981 (GS SG 215.531.2).

61 Mittelschulgesetz vom 12. Juni 1980 (GS SG 215.1).

Aus Art. 12 und 13 des st. gallischen Gesetzes über die Pädagogische Hochschule ergibt sich, dass möglicherweise nicht alle Bewerber, welche die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, Zugang erhalten(62). Es fehlt eine Angabe über das Motiv für den allfälligen Numerus clausus. Hinsichtlich der Auswahlkriterien geht aus dem Gesetz nur die Privilegierung der Kantonseinwohner hervor(63).

Auch das den in der baselstädtischen Seminarordnung(64) vorgesehenen Numerus clausus andeutende Lehrerbildungsgesetz(65) gibt nicht an, ob die Zahl der zur Verfügung stehenden Ausbildungsplätze nur nach der Aufnahmefähigkeit oder auch nach dem Lehrbedarf bemessen wird.

Das zürcherische Lehrerbildungsgesetz sieht kapazitätsbedingte Zulassungsbeschränkungen am Lehrerseminar vor(66). Hinsichtlich der Selektionskriterien lässt sich nur eine Bevorzugung der Kandidaten mit Wohnsitz im Kanton entnehmen, indem das Gesetz zwischen dem Numerus clausus für zürcherische und demjenigen für auswärtige Studenten unterscheidet(67).

Art. 14 der die Aufnahme am Interkantonalen Technikum Rapperswil normierenden Regelung weist auf Zulassungsbeschränkungen hin(68). Das entsprechende Konkordat enthält keinen entsprechenden Hinweis(69).

62 Siehe Gesetz über die Pädagogische Hochschule vom 12. Juni 1980 (GS SG 215.2):

Art. 12: "Als Student wird zugelassen..... ." (die Bestimmung nennt das qualitative Zulassungserfordernis der ausreichenden Vorbildung).

Art. 13: "Bewerber mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Kanton St. Gallen werden bevorzugt."

63 Siehe Art. 13, zit. oben, Fn. 62.

64 Siehe § 12 der Seminarordnung vom 27. Nov. 1974 (GS BS 430.210): "Im Rahmen der verfügbaren Studienplätze werden in erster Linie Bewerber aufgenommen,".

65 § 2 des Lehrerbildungsgesetzes vom 16. März 1922 (GS BS 430.100) regelt die Aufnahmebedingungen, ohne Zulassungsbeschränkungen zu erwähnen. § 9 lautet sodann: "Für die Kurse werden Klassen eingerichtet, die dauernd nicht mehr als 15 Schüler zählen sollen." (Abs. 1), "Auswärtswohnende können in der Regel nur aufgenommen werden, solange keine Ueberfüllung der Klassen eintritt." (Abs. 2).

66 § 15 des Gesetzes vom 24. Sept. 1978 (GS ZH 414.41).

67 Die oben, Fn. 66, zitierte Bestimmung lautet: "Der Regierungsrat entscheidet über Zulassungsbeschränkungen für zürcherische und ausserkantonale Studenten.".

68 Art. 14 des Reglementes über Prüfungen und Promotionen am Interkantonalen Technikum Rapperswil vom 15. Juli 1976 (wiedergeg. in GS SG 234.24): "Ueber die Aufnahme entscheidet der Prüfungsausschuss aufgrund des Prüfungsergebnisses beziehungsweise auf Antrag des Direktors. Bewerber mit bestandener Aufnahmeprüfung und Wohnsitz in einem der Vertragskantone haben gegenüber anderen Bewerbern den Vorzug."

69 Siehe Interkantonale Vereinbarung vom 20. Mai 1970 (wiedergeg. in GS SG 234.211).

Auch Zulassungsbeschränkungen an der baselstädtischen Technikerschule für die graphischen Berufe(70) und der baselstädtischen Höheren Schule für Gestaltung(71) stützen sich auf keinerlei Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne(72).

Bedenken rechtsstaatlicher Natur weckt es, wenn über die zur Durchführung eines Numerus clausus erforderliche Auswahl der Anwärter nicht nur keine gesetzlichen, sondern überhaupt keine aussagekräftigen Angaben in einem Rechtssatz bestehen(73).

Abschliessend sei vermerkt, dass sich allfälliger Kritik primär jene Normierungen aussetzen, welche die Existenz oder die Möglichkeit quantitativer Zulassungsschranken immerhin in irgendeiner Weise zum Ausdruck bringen. Wie bereits erwähnt, besteht Anlass zur Vermutung, dass auch "versteckte Zulassungsbeschränkungen" vorkommen, die mittels Verschärfung qualitativer Anforderungen ohne rechtssatzmässige Grundlage durchgeführt werden⁷⁴⁾.

70 Siehe § 5 Abs. 3 der Ordnung betreffend die Technikerschule für die graphischen Berufe vom 19. Dez. 1979 (GS BS 421.700):

"Bestehen mehr Kandidaten die Prüfung, als Plätze zu vergeben sind, so erfolgt die Aufnahme nach der Rangfolge der Prüfungsergebnisse."

71 Siehe § 5 Abs. 3 der Ordnungs betreffend die Höhere Schule für Gestaltung vom 27. Okt. 1982 (GS BS 421.800; gleicher Text wie oben, Fn. 70).

72 Beide Regelungen stützen sich auf § 79 des baselstädtischen Schulgesetzes vom 4. Apr. 1929 (GS BS 410.100). Dessen Abs. 6 ermächtigt den Erziehungsrat, die zur Ausführung der Schulgesetze erforderlichen Ordnungen und Reglemente zu erlassen und die Lehrziele aufzustellen.

73 Vgl. z.B. § 5 Abs. 2 des baselstädtischen Reglementes über Ausbildung, Prüfung und Diplomierung von Heilpädagogen vom 27. Sept. 1978 (GS BS 430.700):

"Ueber die Aufnahme des Bewerbers entscheidet auf Antrag der Institutsleitung die Aufsichtskommission..... . Liegen mehr qualifizierte Anmeldungen vor, als Ausbildungsplätze verfügbar sind, erfolgt nach geeigneten Gesichtspunkten eine Selektion durch die Aufsichtskommission."

Eine ähnliche Regelung enthält das st. gallische Gesetz über die Pädagogische Hochschule vom 12. Juni 1980 (GS SG 215.2): Art. 12 regelt die qualitativen Zulassungsschranken (Erfordernis einer genügenden Vorbildung). Art. 13 deutet Zulassungsbeschränkungen an (siehe oben, Fn. 62). Art. 14 lautet sodann: "Ueber die Zulassung beschliesst die Rektoratskommission."

Nicht nachgeprüft wurde allerdings, ob in den genannten Fällen die Kandidaten die Selektionsgesichtspunkte in Reglementen oder Richtlinien einsehen können, die nicht in die Gesetzessammlung aufgenommen wurden.

74 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/I/A.

II. Einrichtungen der Alters- und Gesundheitspflege

A) Altersheime

Die Aufnahmevoraussetzungen von Altersheimen sind durch deren Zweck vorgegeben⁷⁵⁾. Erforderlich ist allenfalls eine rechtssatzmässige Regelung des Mindesteintrittsalters sowie der - je nach Art des Heimes unterschiedlichen - gesundheitlichen Anforderungen an die Zulassungsanwärter. In bezug auf die letztgenannte Zulassungsschranke ist zu berücksichtigen, dass entsprechende Entscheidungen nur begrenzt rechtssatzmässig normiert werden können⁷⁶⁾.

Dass Alters- und Pflegeheime voll besetzt sind, stellt den Normalfall dar. Die Grenze der Aufnahmefähigkeit wird durch die räumlichen Gegebenheiten markiert⁷⁷⁾. Die Begrenztheit des Leistungsangebotes derartiger Institutionen bedarf deshalb keiner speziellen gesetzlichen Erwähnung.

Die für die Vergabe der verfügbaren Heimplätze massgeblichen Gesichtspunkte müssen in einem Rechtssatz fixiert sein. Ueber die Grundzüge hat m.E. der Gesetzgeber zu befinden, handelt es sich doch dabei um eine Entscheidung, welche für die auf eine solche Institution angewiesenen Personen von ganz erheblicher Tragweite ist⁷⁸⁾.

Die Auswahlordnung für die stadtzürcherischen Altersheime ist in einem Beschluss der Armenpflege (heute Sozialamt) festgelegt⁷⁹⁾. Die von der Tagwenversammlung genehmigten Statuten des Pfrundhauses Glarus halten die Bevorzugung der Glarner Bürger und Einwohner fest⁸⁰⁾.

75 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/II/A.

76 Dazu siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/II/A.

77 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/A.

78 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/b.

79 Art. 2 Abs. 1-3 der Heimordnung für die Altersheime und Alterswohnheime des Sozialamtes vom 13. Dez. 1960 (BS I, 703).

80 Art. 6 Abs. 3 der Statuten vom 27. Nov. 1981.

B) Spitäler

Hinsichtlich des Zulassungserfordernisses der ernsthaften Erkrankung oder Verletzung gilt das gleiche, was oben zu den qualitativen Zulassungsschranken von Altersheimen ausgeführt wurde: Die Aufnahmevoraussetzung ergibt sich aus dem Einrichtungszweck und ist überdies näherer generell-abstrakter Regelung nur sehr bedingt zugänglich.

Aufnahmebeschränkungen sind bei Spitälern - soweit es um die medizinische Versorgung im Rahmen des Ueblichen geht - nur bei aufschiebbaren Behandlungen sowie in eigentlichen Katastrophensituationen denkbar⁸¹⁾.

Gesetzliche Regelungen für den letztgenannten Fall aufzustellen, dürfte wenig Sinn haben. Darüber, dass der Staat auch dann verpflichtet ist, im Rahmen des Möglichen alles für die Erhaltung von Leben und Gesundheit zu tun, besteht kein Zweifel. Entscheidungen über die Auswahl der Patienten, welche behandelt werden sollen, sind einer allgemeinen Normierung nicht zugänglich.

Der Kanton Genf hat die Vorschrift, wonach für nicht dringliche Behandlungen in die allgemeinen Abteilungen grundsätzlich nur Kantonsbürger und -einwohner aufgenommen werden, richtigerweise auf Gesetzesstufe verankert⁽⁸²⁾. Es handelt sich um eine Regelung, welche unter dem Gesichtspunkt föderalistischer Zusammenarbeit nicht unbedeutend ist. Sollte im über die Kantonsgrenze erweiterten Einzugsgebiet der Genfer Krankenhäuser gar ein Unterangebot an Spitalplätzen bestehen, würde die Tragweite der Bestimmung noch erhöht.

Von besonderem Interesse sind die Regelungen, welche sich mit Fragen im Zusammenhang mit der Organverpflanzung⁸³⁾ befassen. Neuere kantonale Gesundheitsgesetze enthalten Bestimmungen, in welchen der Interessenausgleich zwischen potentiellen Organempfängern einerseits und potentiellen Organspendern sowie deren Angehörigen andererseits geregelt ist⁸⁴⁾. Dagegen fehlen Angaben über die Auswahl der Organempfänger. Dies ist, was die medizinischen Aspekte betrifft, nicht zu beanstanden. Bedenken sind jedoch angebracht, insoweit für die

81 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/B.

82 Art. 15 des genferischen Gesetzes "sur les établissements publics médicaux" vom 19. Sept. 1980 (GS GE VII/K/2/1).

83 Dazu siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/B.

84 Vgl. Art. 35 Abs. 3 des st. gallischen Gesundheitsgesetzes vom 28. Juni 1979 (GS SG 311.1); § 12 Abs. 2 des baselstädtischen Spitalgesetzes vom 26. März 1981 (GS BS 330.100).

Auswahl auch andere Gesichtspunkte massgebend sind und diese nur in internen Richtlinien aufgeführt werden⁸⁵⁾. Es handelt sich bei der Zuteilung verfügbarer Organe um eine Angelegenheit, welche nur wenige, diese aber umso intensiver betrifft⁸⁶⁾. Die gesetzliche Verankerung ist für nichtmedizinische Kriterien der Empfänger Auswahl ebenso angebracht, wie für die Regelung der Organentnahme.

III. Erschliessungseinrichtungen

Die Grundvoraussetzungen für den Anschluss von Grundstücken an öffentliche Erschliessungsanlagen ergeben sich aus bundesgesetzlichen Vorschriften des Raumplanungsrechts. Erschlossen wird Land, das in der Bauzone liegt oder auf dem Bauten erstellt werden, für die ein Standort ausserhalb des Baugebietes ausnahmsweise erlaubt ist⁸⁷⁾.

Im Rahmen der Baugebietsetappierung wird Eigentümern von Grundstücken, welche in einer später zu überbauenden Etappe gelegen sind, auch der Anschluss auf eigene Kosten verweigert⁸⁸⁾. Für das Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage genügt es nach Auffassung des Bundesgerichts, wenn sich aus dem kantonalen Recht der klare Schluss ziehen lässt, die Baugebietsetappierung sei im System der ausdrücklich aufgeführten Planungsinstrumente mitenthalten⁸⁹⁾.

Die Pflicht des Gemeinwesens zur Erschliessung des Baulandes ist ebenfalls im Gesetz verankert⁹⁰⁾. Ueber Prioritätsentscheidungen im Rahmen der Erfüllung dieser Obliegenheit hat das demokratische Organ des Erschliessungsträgers zu befinden, da diese von erheblicher finanzieller Tragweite sein können und es zudem um die Möglichkeit der

85 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/II/B.

86 Vgl. Müller G., Rechtssetzung, S. 111 betr. die eingeschränkte Bedeutung der Zahl von Adressaten eines Erlasses für dessen Wichtigkeit.

87 Art. 19 Abs. 2 u. Art. 24 RPG; siehe auch vorne, unter Kap. 3/§ 2/III.

88 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/III/B.

89 BGE 108 Ia 35ff. E. 3a, 104 Ia 140f. E. 4b.

90 Art. 19 Abs. 2 RPG, Art. 5 WEG.

baulichen Nutzung von Grundeigentum geht⁹¹⁾. Rechtsstaatlich unbefriedigend ist, dass in den meisten Kantonen Vorschriften über die Durchsetzung der gesetzlichen Erschliessungspflicht beziehungsweise über die Folgen der Nichterfüllung fehlen⁹²⁾.

Beschränkungen des Anschlusses gegenüber bestehenden Erschliessungsanlagen ergeben sich daraus, dass diese für ein bestimmtes Einzugsgebiet und für eine bestimmte Nutzungsintensität der darin gelegenen Grundstücke dimensioniert sind⁹³⁾. In Beschlüssen über die Etappierung der Erschliessung und in entsprechenden Plänen sind die Benützungsschranken mitenthaltend. Ob Grundstücke ausserhalb des Einzugsgebietes oder mit höherer als der geplanten Nutzungsintensität angeschlossen werden können, kann besser einzelfallmässig entschieden werden, da dafür künftige Entwicklungen massgebend sind⁹⁴⁾, welche zum Zeitpunkt des Anschlussgesuches besser beurteilt werden können.

IV. Freizeiteinrichtungen

Bei den Schranken der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen, welche Möglichkeiten der Freizeitgestaltung offerieren, genügt grundsätzlich eine rechtssatzmässige Regelung. Dies gilt ohnehin für qualitative Zulassungserfordernisse. Diese dienen dem Schutz der Einrichtungsordnung sowie der ungehinderten Leistungsgewährung und ergeben sich weitgehend bereits aus dem Einrichtungszweck⁹⁵⁾. Quantitative Beschränkungen des Zuganges beruhen regelmässig darauf, dass das Platzangebot der Institution zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgelastet ist. Da Freizeiteinrichtungen nicht - wie andere öffentliche Institutionen - für längere Zeiten von denselben Personen benutzt werden, erhöht sich die Möglichkeit, ein anderes Mal zugelassen zu werden. Weitergehende Zulassungsbeschränkungen in dem Sinne,

91 Siehe § 95 des zürcherischen Planungs- und Baugesetzes vom 7. Sept. 1975 (GS ZH 700.1): "Der Erschliessungsplan wird im gleichen Verfahren und in gleicher Zuständigkeit wie die Bau- und Zonenordnung festgesetzt;.....".

92 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/III/B.

93 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/III/A.

94 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 3/III/A.

95 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 2/IV.

dass bestimmte Personen zum vornherein vom Kreis der Benützungsberechtigten ausgeschlossen werden, dürften eher die Ausnahme sein⁹⁶⁾. Selbst sie betreffen zudem die Ausgeschlossenen weniger intensiv als quantitative Beschränkungen des Zuganges bei anderen staatlichen Leistungseinrichtungen⁹⁷⁾.

96 Siehe jedoch BGE 100 Ia 287ff. betr. Beschränkung der Zulassung zu einem Gemeindehallenbad auf Gemeindewohner und -bürger; mittlerweile besteht in manchen Regionen eher ein Ueberangebot an Hallenbädern.

97 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 4/II/B/1/d.

§ 5 Konsequenzen bei Nichterfüllung der Anforderungen

Wird eine Zulassungsordnung im abstrakten oder im konkreten Normenkontrollverfahren aus formellen Gründen für unzulässig erklärt, so stellt sich die Frage, worauf sich die Entscheide über Aufnahmebegehren bis zur Schaffung eines dem Gesetzmässigkeitsprinzip genügenden Erlasses abstützen haben¹⁾.

An sich ist die mit Erfolg angefochtene Zulassungsregelung aufgehoben beziehungsweise - bei Anfechtung der gestützt darauf ergangenen Akte - für nicht anwendbar zu erklären. Leistungseinrichtungen sind jedoch zur Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebes auf den Bestand einer Aufnahmeordnung angewiesen. Die Möglichkeit der Lückenerfüllung im Sinne der Erwägungen der Prüfungsinstanz²⁾ besteht nicht, da ja nicht materielle Gründe den Erlass zu Fall gebracht haben.

Vielmehr wird in der Regel daran gegangen, eine formell genügende Norm mit demselben Inhalt wie vorher zu schaffen³⁾.

Die Deutsche Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung prüft bei derartigen Konstellationen, ob der als formell unzulässig erkannte Erlass während einer bestimmten Uebergangsfrist weiter angewendet werden kann, damit die sonst entstehende Funktionsunfähigkeit einer staatlichen Einrichtung verhindert wird, die der verfassungsmässigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige Zustand. Dieses Vorgehen wurde gewählt bei formell ungenügenden Regelungen über den Ausschluss aus Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen(4), über die Nichtversetzung in der Schule(5) und über den kapazitätsbedingten Numerus clausus an Hochschulen(6), abgelehnt dagegen bei einer den Gesetzmässigkeitsgrundsatz verletzenden Bestimmung über die Einführung des Sexualkundeunterrichts(7). Das Bundesverfassungsgericht hat indessen festgehalten, dass die grundsätzliche Anerkennung der Notwendigkeit, eine formell nicht verfassungsmässige Norm vorübergehend aufrecht zu erhalten, nicht dazu führen dürfe, dass diese während der angesetzten Uebergangsfrist ohne weiteres so anwendbar bleibe, als sei sie verfassungsrechtlich unbedenklich. Bis zur Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes reduzierten sich die

1 Vgl. zum folgenden Schiesser, S. 47f.

2 Vgl. Schiesser, S. 38f.

3 Vgl. Strehle Barbara, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 24, Zürich 1980, S. 149.

4 Siehe BVerfGE 48, 29ff., 37ff. E. 3 u. 41, 251ff., 266ff E. II.

5 Siehe BVerwGE 56, 155ff., 161f. E. 3.

6 Siehe BVerfGE 33, 303ff., 347f.

7 Siehe BVerwGE 47, 194ff., 200f.

Befugnisse der Behörden und Gerichte zu Eingriffen gestützt auf die fragliche Bestimmung darauf, was im konkreten Fall für die geordnete Weiterführung eines funktionsfähigen Betriebs der Einrichtung unerlässlich sei(8).

In der erwähnten Deutschen Judikatur kommt das Dilemma, welches sich im übrigen nicht nur bei öffentlichen Leistungseinrichtungen ergibt, klar zum Ausdruck: Einerseits ist in einem Lebensbereich, der unbedingt einer Regelung bedarf, eine formell mangelhafte Normierung immer noch besser als gar keine⁹⁾. Andererseits ist es unbefriedigend, wenn sich eine als verfassungswidrig erkannte Regelung weiterhin so auswirkt, als sei sie rechtmässig¹⁰⁾. Die demokratisch und rechtsstaatlich motivierten Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips laufen so Gefahr, an praktischer Bedeutung einzubüssen.

Die Uebergangslösung bis zum Inkrafttreten eines den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Erlasses hat beiden genannten Gesichtspunkten so weit als möglich Rechnung zu tragen. Es ist m.E. aufgrund einer Interessenabwägung über die Anwendbarkeit der Zulassungsschranken zu entscheiden, welche in der aus formellen Gründen beanstandeten Aufnahme-regelung verankert waren¹¹⁾.

Die Notwendigkeit einer wenigstens teilweisen Aufrechterhaltung wird tendenziell dann eher zu bejahen sein, wenn eine Zulassungsbestimmung im Rahmen des akzessorischen Prüfungsrechts zu Fall gebracht wurde, als wenn sie im abstrakten Normenkontrollverfahren scheiterte¹²⁾. Im erstgenannten Fall war die betreffende Zulassungsschranke möglicherweise schon seit längerer Zeit zur Anwendung gebracht worden. Das plötzliche Wegfallen einer bis anhin geltenden Zulassungsbestimmung ist besonders geeignet, den ordnungsgemässen Einrichtungsbetrieb in Frage zu stellen. Eine gewisse Rolle spielt auch die

8 BVerfGE 41, 267.

9 So auch Schiesser, S. 48.

10 Vgl. BVerfGE 41, 267.

11 In diesem Sinne auch Schiesser, S. 48, der verlangt, dass die Zulassungsentscheide nach den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen sowie unter Berücksichtigung der Besonderheiten der staatlichen Einrichtung getroffen würden.

12 Vgl. Strehle, a.a.O., Fn. 3, S. 145, wonach allgemein der Wegfall der verfassungswidrigen Norm nach abstrakter Normenkontrolle eher mit weniger Problemen verbunden sei, als derjenige nach konkreter Normenkontrolle.

Voraussehbarkeit der eingetretenen Situation des "gesetzesleeren Raumes"¹³⁾. Je eher anzunehmen ist, dass sich die zuständigen Stellen der formellen Mangelhaftigkeit der betreffenden Rechtsgrundlage bewusst sein mussten, desto höhere Anforderungen sind an die Unverzichtbarkeit einer Zulassungsschranke zur Aufrechterhaltung des Einrichtungsbetriebes zu stellen. Der Gesetzgeber darf beispielsweise nicht einfach auf die den bekannten bundesgerichtlichen Anforderungen entsprechende Normierung eines Numerus clausus im (Aus-)Bildungswesen verzichten, im Vertrauen darauf, dass diese Massnahme angesichts der Kapazitäterschöpfung ohnehin notwendig sei.

Hinsichtlich der durch das Gesetzmässigkeitsprinzip aufgegebenen Anliegen ist zu prüfen, wie schützenswert die entsprechenden Positionen der Zulassungsbewerber im konkreten Fall sind. Die Schutzwürdigkeit ist beispielsweise hoch zu veranschlagen, wenn eine nicht dem Gesetzeserfordernis entsprechend geregelte Zulassungsschranke - etwa ein bedarfsorientierter Numerus clausus im Lehrerbildungswesen - politisch umstritten ist und deshalb in der Volksabstimmung möglicherweise gescheitert wäre oder wenn die ungenügende Umschreibung einer Zulassungsregelung in einem Rechtssatz dazu geführt hat, dass sich Aufnahmebewerber über ihre Zulassungschance in guten Treuen falsche Vorstellungen machten.

Mangelt es einer Zulassungsschranke überhaupt an einer rechtssatzmässigen Verankerung, etwa bei einem "versteckten Numerus clausus" im (Aus-)Bildungsbereich¹⁴⁾, so verdient der Aspekt des Vertrauensschutzes spezielle Beachtung. Je nachdem kann hier die Aufrechterhaltung der betreffenden Zulassungsschranke unter Berufung auf die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung - jedenfalls gegenüber den erstbetroffenen Bewerbern¹⁵⁾ - besonders unbefriedigend sein.

13 Diesen Begriff verwendet Strehle, a.a.O., Fn. 3, S. 145.

14 Vgl. das nicht publizierte Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dez. 1981 i.S. Goël (erwähnt unter Kap. 3/§ 4/I/B/1/a).

15 Nach der Feststellung der Verletzung des Rechtssatzerfordernisses können bis zur Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes Uebergangslösungen getroffen werden, um erneute Vertrauensenttäuschungen zu verhindern: Beispielsweise kann auf die ungenügend verankerte Zulassungsschranke durch an die Bewerber abgegebene Merkblätter hingewiesen werden.

Es bliebe schliesslich auch zu prüfen, ob übergangsrechtliche Aufnahmeeregungen gestützt auf Notrecht erlassen werden könnten¹⁶⁾. Dabei ist nicht an die polizeiliche Generalklausel, sondern an ein allgemeines Notverordnungsrecht zu denken¹⁷⁾. Ein solches muss sich allerdings klar aus der Verfassung ergeben¹⁸⁾. Im Rahmen der Prüfung des Dringlichkeitserfordernisses wäre auch hier mit zu berücksichtigen, ob der eingetretene Zustand des "rechtsleeren Raumes" für die zuständigen Behörden voraussehbar war. Auch blieben jene Beschwerdeführer, welche als erste die formell ungenügende Zulassungsregelung zu Fall gebracht haben, von daraufhin getroffenen notrechtlichen Vorkehren grundsätzlich unberührt.

16 Entsprechende Hinweise machen auch Schiesser, S. 48 und Zenger, S. 24.

17 Vgl. Zenger, S. 24, wonach der Numerus clausus an einer Universität keine Massnahme sei, welche auf die polizeiliche Generalklausel abgestützt werden könne.

18 Siehe Imboden/Rhinow, Nr. 10/B/V.

3. TEIL:

RECHTSSCHUTZ DES ZULASSUNGSBEWERBERS

§ 6 Rechtsschutz des Zulassungsbewerbers im allgemeinen

Wegen der Verschiedenheit der kantonalen Verwaltungsrechtspflegeordnungen lassen sich auch hier nur wenige allgemeingültige Aussagen machen. Insbesondere hängt es von der jeweils anwendbaren Verwaltungsprozessregelung ab, ob gegen Anordnungen öffentlicher Einrichtungen grundsätzlich ein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Andernfalls verbleibt - jedenfalls auf kantonomaler Ebene - nur der Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde¹⁾.

Die Autonomie, welche den - regelmässig aus der Zentralverwaltung ausgegliederten²⁾ - öffentlichen Leistungseinrichtungen zuzugestehen ist, bedingt nicht den Verzicht auf die Anfechtbarkeit von deren Entscheiden. Es genügt, wenn diejenigen Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume zuerkannt werden, die eine sinnvolle Wahrnehmung des der Einrichtung aufgegebenen Zweckes ermöglichen. Daraus ergeben sich Einschränkungen oder allenfalls der Wegfall der Ueberprüfungsbefugnis im Rahmen der verwaltungsinternen Rechtspflege³⁾. Dagegen sind Verwaltungsgerichte regelmässig ohnehin nur zur Rechtskontrolle berufen, weshalb die Autonomie öffentlicher Einrichtungen der Möglichkeit, ein Verwaltungsgericht anzurufen, nicht im Wege steht.

Das Verwaltungsverfahren- und das Verwaltungsprozessrecht beeinflussen das - weithin nicht kodifizierte - allgemeine Verwaltungsrecht in erheblicher Weise(4). "Bewusst" oder "unbewusst" werden Fragen des materiellen Rechts durch Verfahrensregeln präjudiziert(5). Im

1 Zur Rechtsnatur der Aufsichtsbeschwerde siehe Imboden/Rhinow, Nr. 145; Saladin Peter, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Bern 1979, S. 218f.

2 Siehe vorne, unter Kap. 1/§ 2 u. § 3.

3 Vgl. Stähelin, S. 16, der das grundsätzliche Fehlen der Weiterzugsmöglichkeit von Anstaltsverfügungen an die nächsthöhere Verwaltungsinstanz als Erscheinungsform der Anstaltsautonomie bezeichnet.

4 Siehe Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 307ff. (Einleitung).

5 Vgl. Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 312.

Bereich der Leistungsvergabe durch öffentliche Einrichtungen zeigt sich dies namentlich in der Abhängigkeit des Rechtsschutzes vom Verfügungsbegriff. Das Problem der Verfassungsbindung staatlicher Institutionen, welche sich anderer Handlungsformen als des Verwaltungsaktes bedienen, bleibt davon nicht unberührt(6). Ähnliches gilt - wenn auch für öffentliche Leistungseinrichtungen weniger ausgeprägt -, wenn die Verwaltungsrechtspflegeordnung mit dem Begriff des Rechtsanspruches operiert(7). Will man dem materiellen Recht zu einem optimalen Schutz durch die Verwaltungsrechtspflege verhelfen, so ist dies nicht selten nur durch Dehnung und extensive Auslegung prozessrechtlicher Begriffe zu erreichen. Daraus ergibt sich die Forderung, dass das Verwaltungsprozessrecht vermehrt jenem Recht angepasst wird, das es zu schützen bestimmt ist(8).

I. Zulassungsentscheid als grundsätzlich anfechtbare Verfügung

Besteht zwischen einer staatlichen Leistungseinrichtung und ihren Benützern ein öffentlichrechtliches Nutzungsverhältnis⁹⁾, so wird auch über die Aufnahme von Bewerbern durch einen Akt des öffentlichen Rechts entschieden¹⁰⁾. Diesem kommt zweifellos Verfügungsscharakter zu¹¹⁾.

6 Vgl. Saladin, Grundrechtsproblem, S. 80ff.: Abhängigkeit der Effektivität des Grundrechtsschutzes im Bereich der Verwaltung durch privatrechtliche Organisationen oder in privatrechtlichen Formen vom Verfahrensschutz; siehe dazu hinten, unter Kap. 3/§ 7.

7 Siehe dazu sogleich hinten, unter Kap. 3/§ 6/II.

8 Es fragt sich, ob die Regeln der Verwaltungsrechtspflege "bewirken, 'dass die Handlungsformen als Institute des Verwaltungsrechts und Verwaltungsverfahrensrechts, die Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung sind, in das Prokrustesbett eines erstarrten Prozessrechts geworfen und bald gezerzt, bald zurechtgehauen' werden, 'um den optimalen Rechtsschutz zu ermöglichen', statt 'dass sich das Prozessrecht elastisch dem Recht, das es zu schützen behauptet, anpasst, indem es sich auf seine dienende Aufgabe besinnt'" (Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 312 mit Zitaten von Krause Peter, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 229, Berlin 1974, S. 106).

9 Zur Rechtsnatur der Beziehungen zwischen öffentlicher Einrichtung und Benutzer siehe vorne, unter Kap. 2/§ 1 u. 2.

10 Imboden/Rhinow, Nr. 140/B/I/b.

11 Allgemein zum Begriff der Verfügung Gygi, anfechtbare Verfügung, S. 517ff.; Imboden/Rhinow, Nr. 35; Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 1ff. zu § 19.

Dies gilt unabhängig davon, ob die hoheitliche Zulassung als Bewilligung oder als Konzession betrachtet wird¹²⁾. Sofern man an dieser Unterscheidung überhaupt festhalten will¹³⁾, ist bei der Zulassung zur widmungsgemässen Benützung wohl eher von einer Bewilligung zu sprechen, da den Zugelassenen keine Sonderbefugnisse zukommen wie etwa den Inhabern einer Monopol- oder einer Sondernutzungskonzession.

Besonders zu prüfen ist dagegen, wie jene Zulassung zu qualifizieren ist, die durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages erfolgt¹⁴⁾.

II. Beschwerdelegitimation des abgewiesenen Bewerbers

Bei der Regelung des Zuganges zur Beschwerde oder zum Rekurs wird teilweise - zumindest dem Wortlaute nach - an der Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts festgehalten¹⁵⁾. Die Legitimation wird von der Geltendmachung einer Rechtsverletzung¹⁶⁾ oder von der Betroffenheit des Beschwerdeführers in seinen Rechten¹⁷⁾ abhängig gemacht. Man stösst hier auf die bereits in anderem Zusammenhange angetroffene¹⁸⁾ Problematik des "Anspruchsdenkens"¹⁹⁾.

Es ist für den Bereich der Leistungsverwaltung typisch, dass den rechtsanwendenden Behörden Spielräume der Beurteilung offen gelassen werden müssen. Dies gilt namentlich dort, wo eine bestimmte Leistung nur einem Teil, oder, wie im Submissionsverfahren, gar nur einem einzigen der Interessenten gewährt werden kann. In solchen Fällen wird teilweise die Beschwerdebefugnis der übergangenen Bewerber verneint, mit der Begründung, diese seien durch die Nichtberücksichtigung nicht in ihren Rechten verletzt oder betroffen. So tritt das Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerden der nicht zum Zuge gekommenen Anwärter bei Submissionen und Beamtenwahlen grundsätzlich nicht ein,

12 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 140/B/I/B.

13 Kritisch dazu beispw. Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 326f.

14 Dazu hinten, unter Kap. 3/§ 7.

15 Vgl. Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 4 zu § 21; ders., Legitimation, S. 745ff.

16 Siehe Art. 88 OG; dazu Marti, S. 65; ausführlich Kölz, Legitimation, insbes. S. 742ff.

17 Siehe § 21 des zürcherischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (GS ZH 175.2), dazu Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 1ff. zu § 21.

18 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 1.

19 Müller G., Reservate, S. 124.

weil keinem Bewerber ein Anspruch auf Zuschlag beziehungsweise auf Wahl zukomme(20). M.E. zu Recht wird an dieser Praxis kritisiert, sie übersehe, dass jeder Kandidat einen Anspruch auf verfassungskonforme Entscheidung über seine Sache habe(21). Dass die Verwaltung bei derartigen Entscheidungen über Beurteilungsspielräume verfügen muss, ist bei der Bestimmung der Kognition zu berücksichtigen(22).

Im Subventionswesen unterscheidet man zwischen Beiträgen, die gewährt werden müssen, wenn die im Subventionserlass festgelegten Bedingungen erfüllt sind und solchen, über deren Erteilung die zuständige Behörde nach Ermessen entscheidet(23). Im Bund ist gemäss Art. 99 lit. h OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen Entscheide über die Gewährung von Beiträgen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt(24). Anders als in den oben genannten Fällen entscheidet jedoch hier das Vorliegen eines gesetzlichen Anspruches nicht über die Weiterziehbarkeit einer Entscheidung schlechthin. An die Stelle der Verwaltungsgerichtsbeschwerde tritt die Möglichkeit der Beschwerde an den Bundesrat(25).

In bezug auf die Beschwerdemöglichkeit des abgewiesenen Bewerbers um die Zulassung zu einer öffentlichen Leistungseinrichtung ergibt sich folgendes: Zunächst steht manchmal die Rechtmässigkeit eines bestimmten, in der Benützungsordnung enthaltenen Zulassungskriteriums zur Diskussion. Es geht dann um die akzessorische Ueberprüfung einer gesetzgeberischen Wertentscheidung und nicht um die Beurteilung der Ermessensbetätigung durch die Zulassungsbehörde⁽²⁶⁾. In diesem Zu-

20 Siehe BGE 106 Ia 323ff., 89 I 278ff. betr. Submission; BGE 98 Ia 653ff. betr. Beamtenwahl; die gleiche Rechtsprechung besteht auch für die Anfechtung von Entscheidungen über die Wiederwahl von Beamten (vgl. BGE 105 Ia 271ff.) und über die Erteilung von Bewilligungen des Ausländerrechts (vgl. BGE 99 Ia 321 E. 3, 98 Ia 651 E. 2).

Diese zum Teil auch in den Kantonen geübte Praxis hat Kölz im Auge, wenn er den Rechtsschutz im Bereich der Leistungsverwaltung als prekär bezeichnet (Kölz, Kommentar zum VRG ZH, N. 57 zu § 21).

21 Siehe Knapp, principes, S. 173ff.; ausführlich Kölz, Legitimation, S. 750ff.; Müller G., Reservate, insbes. S. 122ff.; Müller St., S. 164ff.

22 Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 57 zu § 21; ders., Legitimation, S. 754ff.

23 Imboden/Rhinow, Nr. 155/B/III.

24 Vgl. dazu BGE 99 Ib 421ff.; Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 337f.

25 Art. 72ff., 74 lit. a VwVG; siehe dazu Exposé der Justizabteilung vom 19. Feb. 1974, in: VPB 39/1975 Nr. 1, S. 4 (zur Anfechtbarkeit von Beitragsentscheiden der "Pro Helvetia"); VPB 39/1975 Nr. 44 (zur Frage, wann das Bundesrecht einen Anspruch auf Beiträge statuiere).

26 Vgl. BGE 100 Ia 292ff. E. 3b-d: Zulässigkeit der Bestimmung aus der Benützungsordnung eines gemeindeeigenen Hallenbades, wonach nur Gemeindeglieder und -bürger zugelassen werden.

sammenhang sei darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht auf Beschwerden gegen kantonale Richtlinien zum Submissionswesen, welche die Nichtberücksichtigung bestimmter Bewerber empfahlen, ebenfalls eingetreten ist²⁷⁾. Sodann ist die Weiterziehbarkeit bestimmter Zulassungsentscheide, bei welchen den zuständigen Stellen Beurteilungsspielräume zugestanden werden müssen, ausdrücklich vorgesehen. Dies ist insbesondere bei den Aufnahmeverfahren von Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen der Fall, wo Prüfungen, Prüfungsgespräche oder Tests zu bewerten sind.

Schliesslich hat sich das Bundesgericht - wie bereits früher festgestellt²⁸⁾ - zu Recht nicht vom "Anspruchsdenken" leiten lassen, wenn es zur Ueberprüfung von Zulassungsverweigerungen angerufen wurde. Es tritt auf entsprechende Beschwerden ein, da es von dem von Verfassung wegen bestehenden Anspruch auf willkürfreien und rechtsgleichen Zugang zu den staatlichen Einrichtungen ausgeht²⁹⁾.

27 BGE 102 Ia 533ff.

28 Siehe vorne, unter Kap. 3/§ 1/I u. II, Kap. 2/§ 4/II/B/1.

29 Müller St., S. 174f.; BGE 102 Ia 321ff., 92 I 510ff. E. 2; siehe auch BGE vom 2. Feb. 1977, in: ZBl 78/1977, S. 372ff. betr. Nichtzulassung eines Bewerbers zu einem staatlichen Ausbildungskurs für Primarlehrer, E. 1b, S. 373: "Der Beschwerdeführer wird vom angefochtenen Entscheid persönlich getroffen. Zwar liesse sich erwägen, ob er nur in seinen tatsächlichen und nicht in seinen rechtlichen Interessen berührt sei, da kein Rechtsanspruch auf Zulassung zur Lehrerausbildung besteht. Das Bundesgericht behandelt jedoch in seiner neueren Praxis Fragen dieser Art als solche des materiellen Rechts. Es ist demgemäss schon mehrmals auf Beschwerden von Schülern oder Studenten gegen die Nichtzulassung zu einer Schule oder zu einem Ausbildungsgang eingetreten (vgl. BGE 102 Ia 321ff.), im Gegensatz zu solchen von abgewiesenen Bewerbern um ein öffentliches Amt."; Gleiches gilt, wie Kölz (Legitimation, S. 752) vermerkt, auch für die Ueberprüfung der Vergabe von Taxistandplätzen (zuletzt in BGE 108 Ia 137f.).

§ 7 Rechtsschutz bei anstaltlich genutzten öffentlichen
Einrichtungen mit privatrechtlichem Benützungsverhältnis

Dass die rechtliche Position eines Zulassungsbewerbers nicht von der Betätigungsform öffentlicher Einrichtungen abhängen kann, wurde bereits erörtert¹⁾. Zu prüfen ist, ob und in welchem Verfahren verfassungsrechtliche Anforderungen gegenüber privatrechtlich agierenden und möglicherweise auch privatrechtlich organisierten Institutionen durchgesetzt werden können. Dieses Problem ist insofern nur von begrenzter praktischer Tragweite, als die "konfliktträchtigen" öffentlichen Leistungseinrichtungen im Regelfall öffentlichrechtliche Nutzungsverhältnisse aufweisen²⁾.

I. Grundsätzliche Zuständigkeit der Verwaltungsrechtspflegeorgane

Streitigkeiten über die Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorschriften sind m.E. auch dann öffentlichrechtlicher Natur, wenn sich das Gemeinwesen privatrechtlicher Betätigungsformen bedient³⁾. So ist es grundsätzlich Sache der Verwaltungsrechtspflegeorgane, darüber zu befinden, ob die Zulassungsverweigerung einer staatlichen Institution gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstösst oder ob die Stromsperre eines öffentlichen Elektrizitätswerkes mit dem Verhältnis-

1 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

2 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

3 Siehe auch Püttner, S. 348ff. sowie Gross, S. 122f., der allerdings sämtliche Rechtsfragen den Verwaltungsrechtspflegeorganen zuweisen will, wenn ein der Natur nach öffentlichrechtliches Leistungsverhältnis in privatrechtlicher Form vorliegt (vgl. auch S. 120: Öffentlichrechtliche Natur des staatlichen Behandlungsverhältnisses in Privatrechtsform).

mässigkeitsprinzip vereinbar sei⁴⁾. Zwar geht es in den genannten Fällen um die Begründung beziehungsweise die Abwicklung privatrechtlicher Beziehungen, wenn die Einrichtung ihre Leistungen in privatrechtlicher Form erbringt. Massgebend ist jedoch, dass die Rechtsätze, die der abgewiesene Bewerber und der von der Sperre betroffene Strombezüger anrufen, dem öffentlichen Recht angehören⁵⁾.

Dass sich die Ueberlagerung eines privatrechtlichen Verhältnisses durch öffentliches Recht auch auf das Verfahren auswirkt, indem Streitigkeiten daraus zum Teil durch den Zivilrichter⁽⁶⁾ und zum anderen Teil durch die Organe der Verwaltungsrechtspflege zu beurteilen sind, ist ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Wahl privatrechtlicher Handlungsformen durch öffentliche Einrichtungen mit

4 Der St. Galler Regierungsrat betrachtete sich zur Aufhebung einer von einem Gemeindeelektrizitätswerk angeordneten Stromsperre für zuständig, obwohl er das Benützungsverhältnis für privatrechtlicher Natur hielt (Entscheid des St. Galler Regierungsrates vom 9. Apr. 1968, in: SGGVP 1968 Nr. 85, S. 200ff.). Die grundsätzliche Zuständigkeit der Verwaltungsrechtspflegeorgane schliesst nicht aus, dass der Zivilrichter vorfrageweise über entsprechende Rechtsfragen befindet, wenn er gemäss der anwendbaren Rechtspflegeordnung zur Beurteilung einer Streitsache zuständig ist (vgl. Entscheid des Berner Obergerichts vom 6. Okt. 1970, in: ZBJV 109/1973, S. 325ff.: Zuständigkeit des Zivilgerichts für Schadenersatzklage gegen Gemeinde wegen Schadens durch eine Stromsperre des Gemeindeelektrizitätswerkes).

Saladin (Grundrechtsprobleme, S. 82f.) zieht für den Fall der Nichtanwendbarkeit der betreffenden Verwaltungsverfahrensordnung die Durchsetzung grundrechtlicher Anliegen vor dem ordentlichen Richter in Betracht, wobei je nach Art der privatrechtlichen Verwaltungstätigkeit verschiedene Ansatzpunkte bestehen: z.B. mittelbare Drittwirkung durch grundrechtskonforme Handhabung zivilrechtlicher Generalklauseln; Anrufung der culpa in contrahendo durch den nicht berücksichtigten Bewerber im Submissionsverfahren.

5 Siehe Imboden/Rhinow, Nr. 4/B/II sowie den oben, Fn. 4, zitierten Entscheid des Berner Obergerichts, S. 328 E. 3: "Bestimmend ist das Rechtsverhältnis, wie es sich aufgrund der Klage... darstellt..... . Massgebend ist..... der Rechtstitel, auf den der Kläger den von ihm geltend gemachten Anspruch stützt.".

6 Der Zivilrichter ist für jene Rechtsfragen zuständig, bei denen die Anwendung der einschlägigen Privatrechtsregeln keinen Konflikt zur Verfassungsbindung der privatrechtlich handelnden öffentlichen Einrichtung schafft. Dies ist bei verschiedenen Streitigkeiten der Fall, die sich im Zuge der Abwicklung des Benützungsverhältnisses stellen können, wie namentlich betreffend die Folgen der Schlechterfüllung (siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2).

enger Verfassungsbindung spricht(7). Immerhin ist die Situation des geteilten Rechtsweges auch in anderen privatrechtlichen Vertragsverhältnissen zwischen Bürger und Staat anzutreffen(8). Sie liegt insbesondere auch dann vor, wenn man die Anfechtbarkeit des Zuschlages im Submissionsverfahren bejaht(9).

II. Zulassungsentscheid als anfechtbare Verfügung?

Wird die Weiterziehbarkeit von Anordnungen durch General- oder Teilgeneralklauseln geregelt, so hängt die Anfechtbarkeit von Zulassungsentscheiden privatrechtlich handelnder öffentlicher Einrichtungen möglicherweise davon ab, ob "Anordnungen", "Entscheide" oder "Verfügungen" im Sinne der anwendbaren Verwaltungsprozessordnung vorliegen¹⁰⁾. Damit verbunden ist die Frage, ob man die betreffende Institution als "Verwaltungsbehörde", "Verwaltungsinstanz" oder "Verwal-

7 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

8 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 4/B/V.

9 Zur Frage der Anfechtbarkeit des Zuschlages im Submissionsverfahren siehe Galli Peter, Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen, Zürcher Diss. 1981, S. 183ff.; Müller G., Reservate, S. 116ff. m.w.H.

10 Vgl. dazu Gross, S. 123; Müller P.R., S. 68.

tungsstelle" zu betrachten hat¹¹⁾, vor allem, wenn auch die Organisationsform privatrechtlicher Natur ist.

Häufig verzichten die Verwaltungsrechtspflegeordnungen darauf, die zur Umschreibung des Anfechtungsobjekts verwendeten Begriffe näher zu definieren¹²⁾. Zweck eines Verwaltungsrechtspflegegesetzes ist die Gewährleistung individuellen Rechtsschutzes gegenüber der Verwaltung. Deshalb ist nach der Auffassung von Kölz bei der Interpretation des Verfügungsbegriffes auf das objektive Anfechtungsinteresse abzustellen¹³⁾. Um dem Anliegen des Rechtsschutzes möglichst gerecht zu werden, wird dann der Begriff der anfechtbaren Verfügung des Verwaltungsprozessrechtes tendenziell über jenen des Verwaltungsaktes im materiellen Sinne hinaus erweitert¹⁴⁾. Dieses Vorgehen ist für Gygi dann nicht zulässig, wenn der anwendbaren Verwaltungsrechtspflegeordnung der Verfügungsbegriff des materiellen Verwaltungsrechts ausdrücklich zugrunde gelegt ist, es sei denn, dass die dem Wortlaut

11 Vgl. Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 5 zu § 19: "Der Begriff der Verwaltungsbehörde ist weit auszulegen..... . Jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, ist eine Verwaltungsbehörde, gleichgültig, ob es sich um Organe der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung handelt." Vgl. auch N. 5 zu § 4 VRG ZH, der den Geltungsbereich der Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren umschreibt. Danach fallen unter den Begriff der Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Bestimmung auch sämtliche kantonalen öffentlichen Anstalten und Körperschaften, sowie diejenigen Organe, welche öffentliche Stiftungen verwalten. Nicht genannt werden dagegen öffentliche Einrichtungen mit privatrechtlicher Organisationsform.

Zum Teil ist der Begriff der Behörde schon in der Verwaltungsrechtspflegeordnung grosszügig gefasst. Gemäss Art. 1 VwVG gelten als Behörden u.a. "die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe" (Abs. 2 lit. c) sowie "andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlichrechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen" (Abs. 2 lit. e); vgl. dazu BGE 101 Ib 310 E. 2, wonach die als AG im Sinne des OR organisierte Käseunion beim Entscheid über den Abschluss eines privatrechtlichen Rahmenvertrages mit einem Inlandgrossisten als Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. c VwVG handle.

12 Gygi, anfechtbare Verfügung, S. 521; Saladin, Verwaltungsprozessrecht, S. 314.

13 Kölz, Kommentar VRG ZH, N. 2 zu § 19.

14 Vgl. Gygi, anfechtbare Verfügung, S. 518.

entsprechende Auslegung nicht dem wirklichen Sinn des Gesetzes entspricht¹⁵⁾. Das Bundesgericht hat verschiedentlich auf das Rechtsschutzbedürfnis abgestellt, als es über die Anfechtbarkeit von Entscheidungen zu befinden hatte.

Es hat über den Wortlaut von Art. 84 OG hinaus die Entscheidung eines privaten Elektrizitätswerkes über eine Installationsbewilligung als Hoheitsakt bezeichnet. Zur Begründung führte es aus, es könne nicht der Sinn von Art. 84 OG sein, dem Gemeinwesen zu ermöglichen, mittels Delegation öffentlicher Aufgaben an Private solche Akte der Kontrolle der zuständigen Organe zu entziehen, die kraft öffentlichen Rechts getroffen würden¹⁶⁾. Der Entscheid der als AG im Sinne des OR organisierten Käseunion, mit einem Inlandgrossisten keinen privatrechtlichen Rahmenvertrag abzuschliessen, wurde vom Bundesgericht als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG betrachtet. Es stützte diese Auffassung wesentlich auf die öffentlichen Interessen dienende Zielsetzung der Käsemarktordnung ab¹⁷⁾. Andererseits tritt das Bundesgericht in konstanter Praxis auf Beschwerden des übergangenen Bewerbers im Submissionsverfahren unter anderem mit der Begründung nicht ein, der Zuschlag stelle keine anfechtbare Verfügung dar¹⁸⁾.

Die Betrachtungsweise, wonach staatliche Leistungseinrichtungen unabhängig von ihrer Organisationsform und der Rechtsnatur des Benützungsverhältnisses an die Verfassung gebunden sind¹⁹⁾, legt die oben erörterte extensive Interpretation des Begriffes der anfechtbaren Verfügung nahe. Entscheide, auf welche die Verfassungsbindung ausstrahlt, wie namentlich jene über die Zulassung zu oder den Ausschluss von einer Institution²⁰⁾, sollten durch die Organe der Verwaltungsrechtspflege überprüft werden können. Allerdings bedarf es der Abklärung im Einzelfall, ob die anwendbare Verwaltungsrechtspflegeordnung einer entsprechenden Auslegung zugänglich ist.

15 Gygi, anfechtbare Verfügung, S. 518ff., 527. Als Beispiel nennt er das Verwaltungsbeschwerde- und das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren des Bundes. Für sie gilt der Verfügungsbegriff des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 5 Abs. 1 VwVG), wobei dieser jenem des Verwaltungsaktes des materiellen Verwaltungsrechts entspricht (Gygi, anfechtbare Verfügung, S. 519f.).

16 BGE 95 I 339 E. 1 = Pr. 59/1970 Nr. 25, S. 81f.

17 BGE 101 Ib 308ff. E. 2.

18 BGE 106 Ia 323ff.; 103 Ib 154ff.; 60 I 366ff.; offen gelassen in BGE 89 I 280.

19 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

20 Siehe vorne, unter Kap. 2/§ 2.

Lebenslauf

1953 in Glarus geboren. Dort Besuch der Primar-, Sekundar- und Oberrealschule. 1973 Matura Typus C. Anschliessend Studium an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Winter 1978 Lizentiat. Ab Frühjahr 1979 Bearbeitung der vorliegenden Dissertation. Frühjahr 1979 bis Sommer 1981 Assistent bei Prof. Dr. Georg Müller. Frühjahr 1981 bis Herbst 1982 Berufsschullehrer im Nebenamt für allgemeinbildende Fächer an der Kunstgewerbeschule der Stadt Zürich. Frühjahr 1984 bis Frühjahr 1985 Auditorat am Bezirksgericht Zürich. Frühjahr 1985 Doktorexamen.

